ANDREAE
ANIGNONI IVRE CON-
SVLTI, BONONIENSISQVE HI
ſpanorum collegii ſodalis ad
Titulum de actionibus in-
ſtitutionum diſputa-
tiones,
Quibus ea ſolum excutiuntur,
quæ à Doctoribus hactenus
aut omiſſa, aut minus
perfecte explica-
ta ſunt.



GENEROSO VIRO ANTONIO MANRIQVE A VALENTIA Bononienſis Hiſpanorum collegii Rectori Andreas, Anignonus. S. D.



EM ſanè difficilem ac periculoſam audentẽ me vir clariſſime in non modicum honoris mei diſcrimen incidere vel facile poſſe intellexi, niſi aliquem mihi rerũ mearum defenſorem inuenirem, quem magnam apud doctos grauesq; viros authoritatem, ſtudiorumque meorum fiduciã habere cognoſcerem, futurũ enim, vt inſtitutum hoc noſtrum à variis hominum calumniis defenderetur. Cum itaq; te ta-

lem virum semper cognouerim, qualem huic rei necessarium duxi, quod tua fretus authoritate, ac opinione, quam de me cōcepisti, incipere ausus sum, diligentius perfeci atque ita factum est, vt cum titulum de actionibus institutionum, quem in collegio nostro interpretandum susce pi, magna ex parte tuo præsertim fauore incitatus absoluissem, quod reliquū erat, priuato studio atque ea mente perlegi vt re, quantum fieri posset, perfecta labores mei frustra susceptі non essent, tuæque humanitatis memoria, duraret. Cui rei nil commodius fore putaui, quam si ea, quæ nouiter vltra alios excogitaui, ac discussi publicarentur, in manusque hominum venirent. alia vero quæ a doctoribus ita examinantur, vt nihil eis notatu dignum aut nouum addi posse viderem, consulto prætermitterem, ne lectoribus molestus essem potius, quam eos ad legen

dum hoc nostrum opus incitarem. Reliquum est generose vir, vt qui hactenus, si quando fuit mihi aut publice aut priuatim de iure respondendum, disputandũue, optimus honoris mei defensor extitisti, nunc summo studio te huius operis, quod nomini tuo dicatũ est, talem ostendas, qualem tanti negocii periculum exposcit. Vale, & me, vti soles ama.

INDEX CAPITVM HVIVS VOLMINIS.

VTRVM actio ius potius, quàm factum significet. cap. primum
Quod actio realis proprie sub definitione comprehendat, & quid sit quidpiam deberi. cap. ii.
Quod persecutio proprie actio sit, & aliquot leges nouiter explicatæ cap. iii.
Vtrum actiones, quæ ex contractu metu, vel dolo inito nascuntur, vel quæ exceptionibus repelluntur & nouiter declarata nonnulla cap. iiii.
De actionibus in rem, & personam mistis in rem scriptis. cap. v.
Quod multæ personales actiones ex obligatione non procedant, tripliciterq; possint considerari. cap. vi.
Nouo sensu percepta illa verba aut cum eo agit qui nullo iure obligatus est. cap. vii.
Intellectus. l. & an eadem. §. actiones, ff. de exceptio. rei iud. cap. viii.
Quod confessoria actio sit, quum ago ius mihi esse altius ædes meas tollendi, & negatoria, qum nego aduersario ius esse, & explicata. l. si prius, ff. de ope. no. nuncia. cap. viii.
Exposita illa verba, sane vno casu is qui possidet, nihilominus actoris partes obtinet, aliterquam per doctores. cap. x.
Quo iure sint introductæ actiones, an gentium, an ciuili, tum aliqua facile exposita, quorum declarationes

a multis desiderari poterant. cap.xi.
Vtrum prætores habuerint authoritatem iuris condendi, & quomodo intelligendum sit eos ius ciuile potuisse corrigere, & de responsis prudentum nonnulla. cap.xii.
Disputatum de intellectu. ¶ namque, & multa de publiciana contra doctores explicata. cap.xiii.
Quomodo libellus rescissoriæ actionis traditus in. ¶ rursus defendatur, & quando restitutionis auxilium locum habeat. cap.xiiii.
De natiuis, datiuis, & directis & vtilibus actionibus, & quod rescissoria sit actio datiua, & vtilis. cap.xv.
Disputatum de intellectu. ¶ item si quis in fraudem, & quod actio reuocatoria tripliciter cōsideretur, primo vt personalis, secundo vt in rem scripta, tertio vt realis, & de hac loqui authorem. cap.xvi.
Quæ differentia sit inter pignoratitiam & hypothecariam, & vtrum seruiana competat ad res coloni partiarii, & an in quasi seruiana probare debeat actor, rē in dominio debitoris fuisse, & an seruiana competat ad res inquilini, & de rōne. l. certi. C. locati. cap.xvii.
De saluiano interdicto, & de conciliatione. l. penultimæ. C. de precario, & l. i. ff. de salui. inter. cap. xviii.
Quæ sit ratio differentiæ, quod fideiussor non teneatur ex pacto nudo, secus autem sit in constituto, & alia nonnulla. cap.xix.
Quemadmodum intelligendum sit actionem de peculio personalem esse, & alia quædam de hac actione. cap.xx.

Quod actio prætoria locum habeat, etiam si extra iudicium re petita iuramentum delatum sit, & an iuramentum sit introductorium obligationis, explicataq; .l.si pro eo.ff.de fideiuss. cap.xxi.

Quanam ratione actio popularis sit actio, & quòd pœna huius actionis applicetur parti, & vtrum edictum de in ius vocando extẽsionem recipiat, & quod edictum ne quem quis à iudicio vi aut dolo eximat, sit vtile etiam iure codicis inspecto. cap.xxii.

Quæ sint vere & naturaliter præiudiciales actiones. cap.xxiii.

Quare odio furum introductum sit, vt ego possim ad dandum agere aduersus furem, qui rem meam subtraxit. cap.xxiiii.

Quomodo intelligendum sit eum, qui tenetur ad factum compelli posse ad faciendum, tum multa notatu digna. cap.xxv.

De rei persecutoriis & pœnalibus actionibus, & quomodo cognoscantur. cap.xxvi.

Quare ex mutuo & stipulatione certa certi condictio duntaxat nascatur, & an hæc duplex sit, nonnulla etiam de illa quæstione vtrum hodie nomen actionis sit exprimendum in libello. xxvii.

An actio ex empto ad tradendum omnino competat, tum aliquot leges nõ inutiliter explicatæ, cap.xxviii.

Quare minus puniatur raptor, quam fur manifestus, noua ratio adsignatur cæteris cõfutatis & de intellectu.l.si cũ vendidero.§ cũ raptor.ff.de fur.cap.xxix.

De actionibus fami, hercis. communi diui. finium re-

gūn.& quamdiu durent. cap.xxx.
De petitione hæreditatis, & intellectu.l. hæreditatis.
.C.de peti.hæredi. cap.xxxi.
Quomodo intelligendum sit nullam actionem vltrā quadruplum extendi, & actionem.l.aquiliæ.in hæredem transire cum incremento contra docto. & de intellectu.l.itẽm veniunt.§.cum prædiximus de peti. hæred.ff. cap.xxxii.
Assignantur variæ rationes,quare potius aliquæ actiones stricti iuris sunt,quam quæ bonæ fidei esse dicū tur. cap.xxxiii.
De æstimatoria actione,& de concordia.l. si gratuitā .§.i.ff.de præs. ver.et.l.i.ff.de æstimā.act.c.xxxiiii.
De actione præscriptis verbis, quæ ex permutatione competit. cap.xxxv.
De actione ex stipulatu,quæ in locum rei vxo.actionis subrogata est. cap.xxxvi.
An mulier repetens dotem præferatur in hypothecis tis qui expressas habent hypothecas. cap.xxxvii.
Quando ipso iure compensatio fiat & de conciliatione.§.in bonæ fide &.§.compensationes de actionibus. cap.xxxviii.
Vtrum dolus dans causam contractui bonæ fidei faciat contractum ipso iure nullum. cap.xxxix.
Cuius temporis æstimatio fiat in contractibus bonæ fidei & stricti iuris, tum multæ leges declaratæ. cap.xl.
Disputatum de intellectu.l. iii.§. in hac .ff. commodati. cap.xli.

De variis differentiis inter contractus bonæ fidei & stricti iuris, quæ à doctoribus traduntur, confutati. cap.xlii.
De arbitrariis actionibus. cap.xliii.
Quomodo intelligendum sit certæ quantitatis vel rei sententiam ferendam esse, cap.xliiii.
De plus petentibus,& specialiter de eo, qui tempore plus petit. cap.xlv.
De eo qui causa plus petit, & de differentia inter generis promissionem & duarum rerũ alternatiue promissarum. cap.xlvi.
De illo casu, quando vnum est in præstatione, alterum in petitione, & de intellectu.l.si quis stipulatus fuerit decem in melle.ff.de solut. cap.xlvii.
Vtrum necessaria sit noua litis contestatio, si quantitatem petitam velit actor augere, & de intellectu.§.si minus. cap.xlviii.
Nonnulla de actione de peculio, & dotis repetitione, & via ostensa ad declarãdas leges quod dicitur.ff.de impẽsis &.l.si is qui.§.quod dicitur.ff. de iure dotiũ, & de aliis exemplis.§. omnes.
Quod nemo sine actione experiatur, & explicata.l. si titius.ff.de verb.oblig. cap.vltimo

INDEX LEGVM, QVAE NOVITER, AVT NON INNVTILITER HIC EXPLICANTVR.

Ex digesto veteri.

De iustitia & iure
L.ius ciuile cap.xii.
De pactis.
L.si vnus.§.sed si stipulatus. cap.xlvi.
De dolo malo.
L.& elegater. cap.xxxix.
De minor.xxv.an.
L.quod si minor.§.vltimo. cap.iii.
Quibus ex cau.maio.
L.ab hostilibus.§.sed quod simpliciter. cap.xiii.
De iudiciis.
L.hæres absens.§.vltimo. cap.xli.
L.in omnibus. cap.xlii.
De petitio.hæred.
L.sed si lege.§.petitio. cap.xxxi.
L.item veniunt.§.cum prædiximus &.§.idem recte: cap.xxxii.
De publicia.in rem.
L.prima.
L.eum qui.§.prætor. cap.xiiii.
L.traditionem.
Ad exhiber .dum.

L.iii.§.est autem. cap.vi.

Si mensor fal.mod.

L.i. cap.xxvii.

Si cert.pet.

L.vinum cap.xl.

De condi.ob cau.

L.si pecuniam cap.xxviii.
L.vltima.

De condict.indeb.

L.cum is.§.vltimo. cap.xlvi.

De condict.tritica.

L.prima. cap.xxvii.
L.in hac,l.vltima. cap.xl.

De constituta pecunia.

L.prima & secunda. cap.iiii.

Commodati.

L.iii.§.in hac. cap.xli.

De pig.act.

L.prima. cap.xvii.

Mandati.

L.si mandauero.§.is cuius. cap.xi.

De contrahen.emptio.

L.si ita distrahatur.§.i. cap.xxviii.
L.lucius cap.xlii.

De actio.emptio.

L. si iactum. cap.eodem.
L.qui per collusionem.§.primo. cap.iii.

Locati.

L.si merces.§.vis maior cap.xvii.

De æſtimatoria.
L.prima cap.xxxiiii.
De preſ.ver.
L,ſi gratuitam,§.primo cap,eodem
De pignor,
L,pignoris cap,xvii.
De vſuris.
L.mora.§.in bonæ fidei cap.xx.
De iure dotium
L.ſi is qui.§.vltimo cap,xlix.

Ex Infortiato.

De impenſis in rebus dot.
L.quod dicitur neceſſarias cap.eodem
De leg.ii,
L,meuius.§.duobus cap.xlvi.
De penu lega.
L.prima cap.xlvii.

Ex Digeſto nouo.

De operis noui nuncia.
L.ſi priuſquam cap.ix.
De re iudicat.
L,miles,§.decem. cap.xlvii,
De ſaluiano interdicto.
L.prima. cap.xviii.
De excep.rei iud.
L,& an eadem.§.actiones cap.viii.
De actio.& obliga.
L.conſtitutionibus cap.xxii.
L,actionis cap.iii.

L.nihil cap.primo & secundo & cap.xxii.
L.obligationum.§.vltimo. cap.xlvii.

De verb.oblig.

L.si titius cap.vlti.
L.quoties cum.l.sequenti cap.xl.
L.si pœnam cap.xxv.
L.si quis stipulatus.§.si quis ita cap.eodem

De fideiussor.

L.si quis pro eo cap.xxi.

De solut.

L.qui decem.§.stichum cap.xlvi.

Rem ratam haberi.

L.amplius cap.x.xi

De furtis

L.si cum vendidero.§.raptor cap.xxix.

De verb.signi.

L.si cui cap.xxii.
L.nihil cap.i.

Ex .C.

De peti.hæred.

L.hæreditatis cap.xxxi.

De actio.& obli.

L.bonam fidem cap.xxxix.

De præs.xxx.anno.

L.sicut cap.xxx.

De annali excep.

L.vnica.§.primo cap.eodem.

Qui pot.in pig.

L.assiduis cap.xxxvii.

Ex inſtitutionibus.

De iure naturali gen.&c.

§. reſponſa & vltimus	cap.xii.

De iure perſona

§. ſeruitus	cap.ii.

De obliga.

Principium.	cap.xxv.

De actionib.

Principium,cap.primo & ſecundo &	cap.xxii.
§. omnium in medio	cap.vi.
In fine	cap.vii.
§. æque in principio	cap.ix.
In fine	cap.x.
§. namque	cap.xiii.
§. rurſus	cap.xiiii.
§. item ſi quis in fraudem	cap.xvi.
§. item ſeruiana	cap.xvii.
§. de conſtituta	cap.xviii.
§. actiones	cap.xix.
§. item ſi quis poſtulante	cap.xx.
§. ſic itaque	cap.xxiii.
§. in bonæ fidei	cap.xxxviii.
§. præterea	cap.xlii.
§. ſin minus	cap.xlviii.
§. item ſi de dote	cap.xlix.
§. compenſationes	cap.xxxviii.

Sunt & aliæ quamplurimæ leges quæ generaliter declarantur,prout diligens Lector videre poterit,

ANDREAE ANIGNONI IVRE Consulti Hispani, Ad Titulum de actionibus institutionum disputationes incipiunt.

Ad principium.

Vtrum actio ius potius, quam factum significet. Cap. I.



ISPVTATVrus multa, quæ sub titulo de actionibus institutionum ab alijs minime tractata seu minus perfecte aut perperam explicata continentur, idcirco a definitione, unde hæc pendet disputatio, exordiendo ea solum excutiam, in quibus nostra opera utilis potius, quam superflua uideatur. cum itaq; actionem Cel. in. l. nihil. ff. de act. & ob. & Iustinianus hic nihil aliud esse tradiderint quã ius persequẽdi in iudicio quod sibi debetur, illud ante omnia dubitationẽ recipit, quod actionem ius esse dixerint. nam id contra huius nominis, quod uerbale est, naturam esse uidetur. Solent enim uerbalia nomina factum potius, quam ius significare, quamobrem Caius. l. iij. ff. de cura. furio. solutionem, uẽditio

nem,traditionem, facti magis, quam iuris esse scripsit. unde illud uulgare dictum emanauit contractus facti esse. Ideo & Pomponius.l.y.de uerb.oblig.stipulationem esse definijt uerborum conceptionem, quibus interrogatus respondet,quæ quidem uerba factum sonant. Iabolenus præterea.l.cxy.ff.de uerb.sig. possessionẽ usum esse dixit. Similiter & actionem pro actu quodam generaliter accipi multis in locis constat, quod & Accursius & alij hic tradunt. Plerunq; uero pro ipsa lite apud iuris professores specialiter accipitur.ut in.c.forus de uerbo.sig.uol.Gregor.& in.l.litis.ff.de uer. sig. His ego addebam,cum titulum hunc intra collegium nostrũ interpretabar,Vlpianum in.l.xxiiij.ff.de actio.&ob.duo esse actionum genera dicentem in rem, quæ dicitur uendicatio,in personam,quæ condictio appellatur, hæc quidem nomina actum ipsum uendicandi & condicendi significant,unde iustinianus in. §.omnium huius tituli, eo inquit, casu actiones in personam proditæ sunt, cum unusquisq; agit cum eo,qui ei obligatus est, quod si cum eo agat,qui nullo iure obligatus est, actio in rem est.ex quibus apparet actionem tunc esse, cum ad actum uel condicendi uel uendicandi peruentum est.ad hoc etiam pertinet,quod dicere solemus actionibus nos experiri uel persequi rem debitam, litigando enim persequimur,atq; ipso persequẽdi actu experimur propter ius,quod nobis ad agendũ cõpetit.si ergo actiones iura essent proprius

agere aliquem diceremus propter actionẽ, quam actione ipsa arg. l. eo tempore. §. ulti. ff. de peculio. & eorum quæ notantur in rub. C. qui admitti. tandem cum illud certi iuris sit actionem pro actu ipso solere accipi, nonne falsum esset, actionem nihil aliud esse quam ius? & cõtra orationis negatiuæ uniuersaliter prolatæ uim atq; naturam? ut traditur in. l. si is qui. §. utrum. ff. de reb. dub. atque his rationibus disputando defendi posse aiebam actionem facti magis esse, quam iuris, neq; obstare definitionis uerba, in illis enim fieri quandam sermonis cõuersionẽ, ita ut hæc uerba, ius persequendi, cõuerti deberent in hunc modũ, idest persecutio iuris seu iure permissa. actio itaq; erit illa persecutio iure permissa, quæ in iudicio fit ad debitum consequendũ. nam ita in simili Africanus in. l. ccxiij. ff. de uerb. sig. bonorum, inquit, appellatio sicut hæreditatis ius successiõis significat quod interpretandũ est, idest successionem iure introductam, arg. l. xxiiij. eiusdẽ tituli, ubi Vlpianus nihil aliud est, hæreditas inquit, quã successio in uniuersum ius defuncti. Verum & si hæc colorem habere uidentur, non adeo efficacia sunt, ut a cõmuni interpretatione recedendum sit, & nisi in hoc explicando aliqua utiliter & nouiter dicturum me esse putarem, hunc articulum nõ tetigissem. Sciendũ itaq; imprimis dubitãdũ minime esse, quin actio pro iure ad persequendũ debitum accipi poßit, quod ex multis dicẽdi formulis, quibus iurecõsulti paßim utũtur,

colligitur. ut cum dicimus actionem nouari, cædi, uel nobis competere, item actionem temporariã esse uel perpetuam, seu ante conditionis euentum natam non esse. nam in his loquendi modis actio pro ipso iure accipitur, ius enim cæditur, nouatur, competit, perpetuo, uel ad tempus durat, ius a lege limitatur, ampliatur, sustinetur, minuitur, extinguitur, non factum ipsum, quum enim lex iuris sit, circa ea quæ iuris sunt uere quidpiam disponit, nõ circa ea quæ facti sunt, ut in. l. si is qui pro emptore. ff. de usucap. Sciendũ præterea est actionis appellationem duplicẽ esse, naturalẽ scilicet & ciuilem, naturalis pertinet ad actum, ciuilis ad ius persequendi, quemadmodum in simili bonorum appellatio duplex esse dicitur, naturalis, & ciuilis ut in. l. xlix. ff. de uer. sig. Vlpianus tradidit. naturaliter bona intelligũtur deducto ære alieno, quod beent, id est beatos faciant homines, ut dicitur eo in loco arg. l. subsignatum. § . ultimo. ff. eiusdem tituli, ciuiliter tamen uniuersatis cuiusq; successio intelligitur cum commodis & incommodis ut in. l. 1. & . iij. ff. de bonorum poss. sic hæreditas naturaliter pro rebus ipsis hæreditarijs accipitur. & ideo M. Cicero ad Trebatium in topicis hæreditas est, inquit, pecunia, quæ morte alicuius ad quempiam iure peruenit, ciuiliter tamen pro iure illo successionis accipitur, ut iam dixi, sic iter naturaliter locum ipsum per quem itur, ciuiliter ius eundi significat, ut in uarijs legibus. ff. de seruitutibus re

perietur, sic possessio naturaliter usum, ciuiliter ius insi stendi significat, quod Bartolus in rub. ff. de aqui. poss. sequitur, stipulatio naturaliter uerborũ conceptionẽ continet, ciuiliter obligationem, quæ ex ipsa conceptione oritur, ut quum dico stipulationẽ nouari, acceptilatione extingui, quod etiam tetigit Accursius in. l. 1. ff. de uer. ob. ita & de actione dicendum ut supra est. Ex his potest respõderi ad obiectiones factas. nã primo negandũ non est nomina uerbalia plerunq; in ciuili significatione ius significare, & ita hoc in loco Iustinianus actionem intellexit, quandoq; enim iuris ciuilis authores seu professores nomen, quod ciuiliter & naturaliter accipi potest, ciuiliter accipiunt, ut in hæreditate, quam nihil aliud esse Vlpianus dixit, quam successionẽ in uniuersum ius defuncti. Ita etiam de obligatione dici potest quam in dubio pro ciuili accipimus, arg. l. iuris gentiũ. §. sed quum nulla. ff. de pact. & uarijs in locis hoc usurpatur, quod si in aliquibus locis actio pro actu ipso uendicandi seu condicẽdi accipiatur, ex eo nõ sequitur, quin & ius significet, immo hoc in dubio intelligitur. & hanc opinionem sequendo necessaria nõ est illa sermonis conuersio, quam fingebamus, quæ neq; congruit uerbis definitionis, neq; hæreditatis exemplo cõprobatur, nam quod dictum fuit hæreditatem ius successionis significare, ita interpretãdum est, idest ius quod est successio ipsa, sine qua hæreditas propriè & ciuiliter accepta non consistit, nam ge-

nitiui casus solent plerunq; in transitiue, ut inquiunt doctores, accipi, quod Bartolus in.l.1.ff.de reg.catonia.& doctores in.l.1.ff.de reg.iuris tractant. diuersum est in actione, quae subsistit sine persecutione, est enim ius persequendi, idest ut persequi possimus, unde non immerito usus est author gerundio illo persequendi, quod significationem habet in futurum.

Quod actio realis proprie sub definitione comprehendatur, & declaratum quid sit quidquiam deberi. Cap. II.

Altera ex actionis definitione nascitur difficultas, an sub ea realis actio proprie comprehendatur; nam quod diximus actionem esse ius persequendi, quod debetur, argumento est obligationem necessariam esse, ut actio competat. Alioqui debitum nihil esset. sed quum actio realis competat contra eum, qui nullo iure obligatus est, ut infra in. §. omnium. consequens est eam sub definitione non comprehēdi. quamobrem quidam arbitrati sunt actionem personalem hic duntaxat definiri, nam & in speciali significatione actionis appellatione personales intelligimus, ut in .l. actio .ff. de actioni. & obligatio .l. pecuniae. ff. de uerbo. signifi. & hanc opinionem Gometius Hispanus comprobat seruitutis exemplo, cuius definitio tradita a Iustiniano supra de iure personarum, iurisgentium ser-

uitutem tantum continet, est enim inquit seruitus constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subijcitur. Verũ hoc exemplo nihil efficit Gomezius, nam ibi non definiuntur modi, quibus in seruitutem quis incidit, sed solum ipsa seruitus in genere considerata, quæ originẽ habuit a iuregentium. quod enim seruus quis esse poßit, id iuregentium inductum est. modi autem in seruitutem incidendi possunt esse ciuiles uel iuris gentium. unde non conuenit hoc Gomezij exemplum. Sed nec prima ratio huic loco congruit. quoniam author hic generaliter de omnibus actionibus tractare instituit. cur igitur potius personales quam reales actiones definijt? an quod reales definire nescierit? alij igitur fuerunt opinati proprie actionem personalem, realem autem largo quodam modo & non ita proprie definiri. Verbum itaque debetur proprie ad personales, improprie ad reales referri argu. l. ij. ff. de officio pro consuls. Sed nec hoc placet præsertim in definitionibus argu. l. primæ. ff. de dolo. & eorum quæ tradit Bartolus in. l. omnes populi. ff. de iustilia & iure. & in. l. prima. ff. de testamentis. Zasius igitur uerbum debetur ita interpretabatur, i dest actu uel habitu, sed hoc additionem magis sapit, quam uerborum declarationem. nisi enim actu quidpiam debeatur, illud deberi mihi non dicerem. neque exempla per ipsum adducta interpretationem suam adiuuant, ut infra, ostendam. c. iiij. & in. §. actio-

nes de peculio, quare ego facillime hanc definitionē puto ita interpraetandam, ut tam realem quam personalem actionem complectatur. Sciendum itaque deberi aliquid mihi posse, etiam si nullus sit obligatus. nam si tu bona fide rem meam poßideas, quam ab aliquo iusto titulo emisti, certum est te nullo nullo iure mihi obligatum esse, nullum enim contractum mecum gesisti, nullū praeterea delictum commisisti, & ideo si rem alienes, aduersus te agere non potero, sed si obligatus fuisses rei alienatione nō liberareris, arg. l. quis ergo. ff. de peculio, hoc ergo casu quamuis tu obligatus non sis, res tamen quam poßides, mihi debita est, & obligata, quoniam ratione dominij reuera ad me pertinet, & illam ego habere debeo. Et ideo solemus dicere hæreditatem debitam esse uenientibus ab intestato, non quod aliquis eis sit obligatus, sed quia ad eos pertineat ut in. l. scripto. ff. unde liberi. l. nam etsi parentibus. ff. de inofficioso testamento. potest ergo mihi quidpiam deberi, uel ratione obligationis, qua quis adstringitur, uel ratione dominij, uel alterius iuris respectu, & hoc modo intelligendo hanc definitionem quid facilius excogitari potest?

Quod persecutio proprie actio sit, & aliquot leges nouiter explicatæ. Cap. III.

TErtio loco examinandam duxi quæstionem illam satis difficilem, utrum persecutio proprie actio sit. sed imprimis uideamus, quid persecutionem appelle.

mus, ne ignoratis principijs per ignota procedamus, & quantũ ex legũ, interpretumq; traditionibus potui percipere, persecutio pro quadã iudicis officij imploratione accipitur, ob quam iudex extra ordinẽ non inspectis iuris regulis ordinarijs officium suum impartiri dicitur, ut quando minor petit se in integrum restitui, uel aliquis legatorum nomine, uel damni infecti promitti sibi postulat, quod ex legibus de in integrum restitutione, de minoribus.xxv. annis, ut legatorũ nomine sibi caueatur, de damno infecto, & aliorum plurium titulorum intelligi potest. Hanc igitur persecutionem ita acceptam num proprie actionem appellabimus? & quod propriè actio nõ sit, Paulus in.l.xxv. §.ultimo.ff.de minoribus uisus est sensisse. Ex hoc edicto, inquit, nulla propria actio, uel cautio proficiscitur, totũ enim hoc pendet ex prætoris cognitione. Vlpianus etiã in.l.xxxvi.ff.de actio.& obli.in hunc modũ ait, actionis uerbo cõtinetur in rem, in personam, directa, utilis, præiudicium, sicut ait Pomponius, stipulationes etiã, quæ prætoriæ sunt, quia actionum instar obtinent, ut damni infecti, legatorũ, & si quæ sunt similes. ex quibus uerbis colligere licet, huiusmodi stipulationes prætorias, quæ etiam persecutiones appellantur, nam qui satis accipit persequi uidetur ut in.l.cui præcipua.§.ultimo.ff.de uerb.significatione, propriæ actiones non esse, sed actionum instar obtinere. idem uidetur ab Vlpiano probari in.l. creditores.ff. de uerbo.

ſig. qui cum creditores accipiendos eos eſſe dicat, quibus debetur ex quacunque actione, uel perſecutione differentiam conſtituit inter actiones & perſecutiones. ſolent etiam doctores adducere, id, quod uulgo dicitur, uſuras, quæ officio iudicis debentur, in obligatione non eſſe ut in. l. qui per colluſionem. §. 1. ff. de actio. empti. & in. l. iiij. C. depoſiti. tandem ex. l. hæreditas. ff. de peti. hæred. & l. quintus de annuis leg. hæc opinio confirmatur, ubi expreßim dicitur, Hæredes monumentum facere iuſſos nulla actione, ſeu obligatione teneri, principaliter tamen uel pontificali authoritate compelli poſſe, quod quidem ad perſecutionem pertinet. Pro contraria autem parte pugnat. l. xxxiiij. ff. de uerb. ſignificatio. ubi Paulus inquit actionis uerbo perſecutionem contineri, quod proprie intelligendum eſt, nam uerbum continetur, proprietatem denotat, ut inquit Bartolus in. l. cui eorum. §. affinitatis. ff. de poſtulando ſaltem regulariter. Secundum huius opinionis fundamentum a definitione ſumitur, nam perſecutione. perſequimur id, quod nobis debetur, Vlpianus enim in l. pecuniæ. §. ultimo de uerbo. ſigni. hoc uerbum inquit, debuit, omnem omnino actionem comprehendere intelligitur ſiue ciuilis, ſiue honoraria, ſiue fideicommiſſi fuerit perſecutio. Si ergo definitio conuenit, neceſſe eſt, ut proprie actio ſit. arg. l. primæ. ff. de dolo. atq; his duobus apertis fundamentis hanc partem libentius am-

plector, quoniam ad ea; quæ in contrarium adducta sunt commodius responderi posse arbitror. & primo ad leges illas in quibus inter persecutionem, & actionem differentia constituitur, respondendum est actionem in triplici significatione, quatenus ad hanc materiam attinet; accipi posse. uempe in stricta, & lata, & latiori, prima ad personales attinet, ut secundo cap. dictum est, secunda reales comprehendit, sub tertia persecutiones continentur, nam cum prius introductæ essent certæ ac ordinariæ actiones ex communibus regulis descendentes; illæ solum actiones appellabantur, non quæ extra ordinem competebant, & in confuso erant, sed cum & illæ instar actionum obtinerent, factum est usu, ac consuetudine; ut actionis significatio extenderetur, & proprie persecutiones contineret. idq; Vlpianus in.l.xxxyi.de actio.& ob.uisus est dixisse, stipulationes, inquit, prætoriæ, quia actionum instar obtinent; actionis uerbo continentur. illæ ergo leges, quas supra adduximus, habent ratione͂ secundæ significationis non tertiæ, neq; id nouu͂ est apud iureco͂sultos, nam & Vlpianus in.l.labeo.ff.de uer.sig. contractu͂ esse ait ultro citroq; obligatione͂, ueluti emptione͂, uenditione͂, locatione͂; co͂ductione͂, societate͂. stipulatione͂ uero & mutuu͂ actus esse, quia ultro citroq; obligatione͂ no͂ pariu͂t. ex latiori tame͂ significat. quæ usu ampliata e͂, stipulatio, & mutuu͂ proprie co͂tractus appellabu͂tur. unde Iustinia. cu͂ supra

in suis institutionibus tractasset de varijs contractibus, & de mutuo, & stipulatione subdit postea in titulo de obligationibus quæ ex quasi contractu nascuntur, Post genera, inquit, contractuum enumerata dispiciamus etiã de his obligationibus, quæ non proprie ex contractibus nascuntur. ex quo apparet mutuum, & stipulationem proprie contractus esse, id enim usu prudentum comprobatum est, unde uocabulorum propria significatio dependet ut in .l. ultima. ff. de sup. leg. ita etiam uidemus pueri significationem triplicem esse, primo cum ætatem puerilem demonstramus, secundo cum puerum contrario nomine puellæ dicimus, tertio cũ omnes seruos pueros dicimus ut in .l. pueri de uerbo. sig. Et hæc ultima significatio latior est cæteris, secunda uero strictior quam reliquæ. Sic filiorum appellatio stricte accepta ad liberos primi gradus pertinet, & eos quidem masculos, late tamen ad feminas, latius ad nepotes ut in .l. liberorũ eiusdem tituli. multa alia exempla adduci possent, nisi hæc sufficerent, ut idem de actionis appellatione dicamus. quod autem Paulus in .l. xxv. §. ultimo de minor. dicit, ex hoc edicto nullam propriam actionem proficisci, sed totum pendere ex prætoris cognitione, & si ad illud ex præcedentibus responsum sit, potest tamen aliter eui tari, ut dicamus nullam propriam actionem competere, quæ propiæ illi edicto conueniat, ut actio ex empto emptioni, ex locato locationi, generalem tamen actionem

quæ in subsidium dari solet, præter communes iuris regulas, & cum causæ cognitione, quæ tunc maxime desideratur, ut dicam in. §. rursus concedendam esse negandum quidem non est, cum & illa restitutionis imploratio ex latiori significatione posit actio appellari. Ad illud autem, quod uulgo dicitur usuras non esse in obligatione, quia officio iudicis debentur, cuius imploratio persecutio est, respondetur primo persecutionem tunc proprie actionem esse, cum aliquid principaliter, non accessorie, ut usuras, persequimur. secundo dici potest usuras quæ officio iudicis præstari dicuntur pendente iudicio super sorte principali, in obligatione esse, nam et Papinianus in. l. mora. §. primo. ff. de usuris in bone fidei contractibus, inquit, usure ex mora debentur. dicentur autem iudicis officio præstari, quia eo duntaxat tempore peti possunt, quo lis principalis durat, pendente. n. iudicio iudicis officium magnam uim habet ut in. l. ædiles. §. item sciendum. ff de ædilitio edicto. Finita autem lite principali, ut puta quia soluta est sors, usuræ, quæ accessoriæ, & in consequentiam debentur, desinunt esse in obligatione, rupto enim principali & accessorium extinguitur ut notatur in. l. ij ff. de uulga. & pupil. Et ita potest intelligi. l. qui per collusionem. §. primo, qui quidē intellectus cõprobatur in. l. iiij. C. depositi. ait enim lex si deposita pecunia is, qui eam suscepit, usus est, non dubium est etiam usuras præstare debere, & ex his appa-

ret eum obligatum esse ad usuras soluendas. subdit dein de, sed si cũ depositi actione expertus es, tantũmodo sortis condennatio facta est, ultra nõ potes propter usuras experiri, si enim nõ petisti usuras, cũ sententia ultra petita extendi non debeat ut in. l. ut fundus. ff. cõi diuid. l. ultima. C. de fide. lib. facta sortis condẽnatione, liteuæ aliter finita ad usuras ultra regressus non est. non enim duæ sunt actiones, inquit lex, alia sortis, alia usurarum, sed una, ex qua condemnatione facta iterata actio rei iudicatæ exceptione repellitur, quoniam per se usuræ peti non possunt. quod si cum sorte petantur, merito rei iudicatæ exceptio obstabit. sortis enim condẽnatio facta est. & rursus peti non poterit. hæc est uera, ni fallor, huius materiæ declaratio, quamuis apud aliquem scriptã non repererim. reliquum iam est respondere ad. l. quintus de an. leg. & l. hæreditas de pet. hær. ad quas facile hoc modo respõdetur, quod si aliquis persequatur, quod sua interest, tũc actio sit, ut ex definitione apparet, debet enim sibi debitum persequi. Si autem sua nõ intersit, tunc illa persecutio proprie actio non erit. & in hoc casu potest opinio contraria defendi. Hæc autem distinctio ex eisdem legibus colligitur, & ideo amplius super his non insisto.

Vtrum actiones, quæ ex contractu metu, uel dolo, inito, uel quæ exceptionibus repelluntur, hic definiãtur, & nouiter declarata non nulla. Cap. IIII.

OCcurrit & alia difficultas à doctoribus hic prætermissa, quam, quia ad definitionem actionis eius pertinet discußio, non omittam. quod igitur dicimus actionem esse ius persequendi, illud significat, ut non solum petere poßimus, uerum etiam exigere, & petitum consequi. Verbum enim, cui præpositio, per, adiungitur, perfectionem quandam in se continet, ut de uerbis perficiendi, peragendi, perorandi, pernoctandi, dicimus argumento. l. urbana. § . ultimo. ff. de uerb. signi. Sed in contrarium obstant multarum actionum exempla, quibus petere in iudicio permissum est, efficaces tamen non sunt ad exactionem. Exempli gratia, si quis metu impulsus, aut dolo inductus promiserit stipulanti, ex stipulatu quidem conueniri poterit, soluere tamen non cogetur doli aut metus exceptione se defendens. idẽ si quis promiserit, & pactum deinde subsecutum sit, ne a se peteretur & in his nemo discrepat. Idem secundum crebriorem sententiam interpretum si quis spe futuræ numerationis se in chirographo debitorem constituerit, nam pecunia non numerata actione conuenietur, exceptione tamen se defendet. idem si quis ad diem soluere promiserit, actio enim ante diem nata exceptione temporali repelletur. Ecce in his casibus actiones competunt ad petitionem, seu iudicialem conuentionem, non ad exactionem efficaces, consequens ergo esse uidetur, ut actionis definitionem imperfectam esse fateamur,

ſed ut hæc difficultas tollatur, conſiderãdum eſt multo-
ties obligationem ciuilem, & actionem à lege introdu-
ci, quamuis naturalis deficiat, quoniam contractus, qua-
tenus extrinſecus apparet, rite factus eſt, & de alijs, quæ
ualiditati refragantur, iudici non conſtat, aut illis renun
ciatum eſſe uidetur, niſi opponãtur. finge enim Titium
metu impulſum, aut dolo inductum ad promittendum,
eumq; ex ſtipulatu in ius uocari, certe niſi de dolo, aut
metu excipiat, Iudex nullum uitium in ipſa ſtipulatio-
ne inueniens eum condennabit, & hunc effectum habet
ciuilis obligatio, quæ ſtricto iure ex ciuilibus regulis na
ſcitur. Sed ſi opponatur de dolo, aut metu, quia apparet
eum naturali obligatione non teneri, quoniam illa ex re
gulis iuris gentium naſcitur, puta ex placito & conſen-
ſu ut in. l. 1. ff. de pact. & ex æquitate, ut in. l. ſtichũ. §.
naturalis. ff. de ſolutio. actio quidem à iudice repelletur,
quoniam non uſq; adeo iuris ſolẽnitates ciuiles inſpicien
dæ ſunt, ut perniciosè erretur, ut in. l. ſi ſeruũ. §. ſequi-
tur. ff. de uerb. oblig. at in his caſibus nec æquitas dictat
ut qui metum paſſus eſt, aut dolum ſoluere cõpellatur,
neq; is preſumetur conſenſiſſe, ſi doli ignarus non fuiſ-
ſet, aut metu non fuiſſet impulſus, nihil enim tam contra
rium conſenſui, quam uis, atq; metus, aut error, qui ex do
lo prouenit, ut in. l. nihil. ff. de reg. iur. l. ſi per errorem
ff. de iuriſdictio. om. iud. proptereaq; nec conſtitutum
iure pretorio introductum in quo ex bono & æquo pro-
ceditur

ceditur, in his casibus ualidum erit, quod praecedente na turali duntáxat obligatione subsistit ut in.l.ij. & prima .ff. de const. pecunia. idem de litterarum contractu dicendum est, quod de superioribus, ut ante biennium numeratione non facta ciuilis obligatio nascatur, & actio competat, ob praedictam rationem, nam cum quis sub spe futurae numerationis se debitorem constituit, fatetur sibi numeratam pecuniam, unde, nisi opponat exceptionem non numeratae pecuniae, condemnabitur, sed de hoc aliquando latius, idem de eo, qui promisit, & deinde pactum subsecutum est, ne a se petatur. quod si aliquis ad diem promisit, quoniam toto illo tempore obligatus est ad soluendum, quamuis, nisi eo transacto, compelli non possit, nam diei adiectio pro reo est ut in.l. eum qui. §. quoties. ff. de uerb. ob. permittitur tamen ut con ueniatur ita, ut si soluerit ante diem, repetere non liceat, In diem enim debitor adeo debitor est, ut ante diem solutum repetere non possit, quod Paulus in.l.x. ff. de con dic. indebiti adseruit. secus esset, si sub conditione deberet ut in.l. sub conditione eiusdem tituli. Et ideo in prio ri casu opus est exceptione, nam reo excipiente non po terit amplius actor petere, & ita nunc communem opinionem defendo. quam alias latius examinvbo. In his er go casibus actio, quae competit, aut ex ciuili, & naturali obligatione simul non nascitur, aut ex natura promissionis ante certum tempus perfectas uires non habet ad

dam cauetur. Cæterum in rem ſcriptas tanquam à perſonalibus ſpecie differentes cenſendas non eſſe, cum hæ ab origine perſonales ſint, ſemperq́; contra obligatum competant. appellari autem in rem ſcriptas, quòd poſſeſſorem ſequantur, idq́; ex accidenti, quod inſpiciendum minime eſſe arg. l. iij. ff. de tutelis, Ego tam ab his diſſentio, quàm à ueritate abeſſe uidentur, quatenus enim realem credunt actionem neceſſario competere contra eũ, qui nullo iure obligatus eſt. eos uehementer decipi non dubito. nam contra hæredem, qui ex teſtamento obligatus eſt. actio realis legatario competit. ut in. l. i. C. com. de leg. Item & domino rei furto ſubtractæ aduerſus furem, qui ex ſuo delicto obligatus eſt, & aduerſus depoſitarium, commodatarium ue nolentes rem reſtituere arg. §. Sic itaq; diſcetis. huius tituli. Quidnam igitur impediet? quo minus realis actio cum perſonali coniungatur? quid obſtabit? quo minus reſpectu realium & perſonalium præſtationum, quas habet, mixta poſſit appellari? ut eſt actio familiæ herciſcundæ. communi diuidundo. finium regundorum. cum huiuſmodi actiones mixtam cauſam obtinere uideantur tam in rem q̃ in perſonã, tam ob perſonales, q̃ ob reales præſtationes ſub eis contentas? quòd autem omnes arbitrantur has tres actiones ex quaſi contractu naſci argumento eorũ, quæ tractãtur ſuprà de obliga. q̃ ex quaſi con. naſ. Et propterea perſonales dici, omnino id uerum nõ eſt.

Et primo quoad actionem finium regundorum cautum non est eam a ex quasi contractu oriri, in eo namq; titulo duntaxat de alijs duobus iudicijs mentio fit, sed quantum ad illa duo puta familiæ herciscundę, & communi diuidundo est quod dubitamus, quemadmodum intelligendum sit nasci ex quasi contractu, nam primum illud constat has actiones competere inter cohæredes, uel dominos, quid ergo si alter partem suam alienauerit alicui? poterit ne contra alienantem agi, quasi iam ex contractu quodam esset obligatus? certe ego non uideo, quare non sit licitum alterutri eorum partem suam alienare, alienatione autem facta is conueniendus est, à quo res peti potest ut in. l. ij. ff. familiæ hercis. consequens igitur est, ut has actiones non indistincte ex quasi contractu nasci dicamus, alioqui à principio uterque uel hæredum uel dominarum usq; adeo obligati essent, ut etiam alienata re ipsi conueniendi essent argu. l. quis ergo. ff. de peculio. dicentur igitur hæ actiones, quum de hæreditate uel aliqua alia re diuidenda uel finibus regundis agitur, tam in rem, quam in personam, quoniam in eis licitum est iudici, uni uel partem suam adiudicare, si res commode possit diuidi, uel ei nihil ex re sua, sed æstimationem, alteri uero totam rem adiudicare. quod si unus illorum ex re communi fructus percæperit, solus utiq; ad medietatem fructuum tenebitur uel familiæ herciscundæ, uel communi diuidundo. quoniam hæc iudicia bonæ

fidei sunt ut infra in. §. actionum, & tunc ex quasi contractu obligatus esse censebitur, siue enim alienet rem, siue non, semper ad portionem fructuum obligatus remanebit. & ita intelligo. §. item si inter. supra de oblig. quæ ex quasi contrac. ubi de actione finium regundorum mentio non fit, quia cum stricti iuris sit. solum ad fines regundos principaliter competit, & ex his concludo reperiri actiones mistas tam in rem, quam in personam, quoniam per illas actor tam quod suum est, ut per reales actiones, quam quod suum non est, ut per personales consequi potest. Sequitur modo, uideamus de in rem scriptis, in quibus non minor diligentia adhibenda est, quod earum naturam aut obscure, aut perperam doctores explicauerint, eas nonnulli, ut inquit Iason in. §. quædam, personales in rem scriptas appellauerunt, quod ab origine & natura sua personales sint, ex quadam tamen æquitate non ex propria natura cōtra omnes possessores competere, quod de realium actionum natura est. hoc certe rationem non habet secundum Iasonem, quoniam actio ad exhibendum, quæ in rem scripta esse dicitur, ex natura sua contra omnem possessorem competit. Sed & id etiam cur non in alijs dicemus? siue enim dicas ex æquitate hanc naturam huiusmodi actionibus attributam, siue ex accidenti esse, quod res ad alium transeat ab eo, qui primo obligauit se, utique de natura erit harum actionum, ut contra possessorem com

tendum est de interdictis, quæ quamuis personalia esse dicantur, in rem tamen concepta esse dicuntur. ut in.l.prima.ff.de interdictis. Ex his itaq; apparet, quare huiusmodi actiones personales in rem scriptæ appellentur, respectu enim unius personæ, quæ à principio se obligauit, personales sunt, respectu alterius quæ non obligata mihi est, in rem scriptæ dicuntur. & in hoc differunt à mixtis, quæ respectu eiusdem tam in rem sunt, quàm in personam. Ex hisq; intelligere possumus actionem ad exhibendum posse hac ratione personalem in rem scriptam appellari. Quoniam si egero tecum ad exhibendum, ad quod per litis contestationem te obligasti, & tu iudicio accepto dolo alienaueris rem, poteris conueniri, perinde atq; si rem possideres argumento.l.qui dolo fecit.ff.de regulis iuris. Sed & aduersus possessorem experiri potero, ut in.l. tertia. §. ultimo.ff. ad exhibendum. Considerari ergo solent actiones in quadruplici differentia, ut quædam merè reales, quædam merè personales, quædam mixtæ, quædam in rem scriptæ esse dicantur. Sed de in rem scriptis plura proximo capite dicam, neque hoc authoris diuisioni refragatur, ut quidam male censuerunt. Author enim actiones non diuisit in merè reales & personales, sed dixit omniũ actionũ summã diuisionẽ in duo genera diduci aut enĩ in rẽ sunt aut in personã.

nam ſiue actionibus miſtis agamus, ſiue in rem ſcriptis, ſemper aut in rem aut in perſonam agere nos uerum erit. Cui rei argumento eſt lex.xiiij ff. de iniuſto rup. & irrito fac. teſtamento. ait lex. ſi ita facta ſit exhæredatio. ſi filius natus, natáue filia ſit, exheres eſto. utriſque natis non rumpitur teſtamentum; quoniam & ſi utriq; naſcantur, uerum erit filium, filiamue natum, natamue eſſe. Licet enim ad ueritatem diſiunctim poſitarum orationũ ſatis ſit unam ueram eſſe, tamen non repugnat naturæ diſiunctiuæ utramq; partẽ procedere.

Quod multæ perſonales actiones ex obligatione non procedant, tripliciterq; poßint conſiderari. Cap. VI.

SEd cum ſupra dixerimus actiones miſtas ex realibus nempe, & perſonalibus actionibus ita reperiri, ut neceſſe non ſit eas ex quaſi contractu natas eſſe opinari, hoc magnam habet difficultatem. Nam Iuſtinianus explicans membrum ſuæ diuiſionis, quod ad perſonales actiones attinet, in hunc modum ait. namque agit unuſquiſque aut cum eo, qui ei obligatus eſt ex contractu uel maleficio, quo caſu proditæ ſunt actiones in perſonam, per quas intendit aduerſarium ei dare, aut facere oportere, & alijs quibuſdam modis. quibus ex uerbis adnotant doctores originem ipſius actionis perſonalis eſſe obligationem, quæ uel ex contractu, uel ex maleficio, uel alijs quibuſdam modis naſcitur: hos autem modos

pertinere uel ad quasi cõtractum, uel quasi maleficium.
arguendo igitur à sufficienti partium enumeratione necesse est, ut personalem actionem, si non ex contractu, uel maleficio, uel quasi maleficio nata sit, ex quasi contractu natam esse fatearis. & ita arguit Accursius in. l. iij. ff. ad exhibendum, & alij uarijs in locis. Consequens igitur est, ut mistas illas actiones, quatenus personales sunt, ex quasi contractu natas non negemus, quando neque uere contractus, neque ullum delictum, aut quasi delictum factum est. mihi autem non tam uera hæc uidentur, ut ab his, quæ supra dixi, recedendum putem; nam & illa rationem in se habere existimo, pro ut supra demonstraui, & alijs rursus exemplis, & rationibus comprobari hic poterunt. & primum exemplum sit actionis ad exhibendum, quam personalem esse, & ei competere, qui in rem acturus est, inquit Vlpianus in. l. iij. ff. ad exhiben. proptereaq; possessorem sequitur, ut in §. ultimo eiusdem legis. Finge igitur Titium bona fide rem meam emisse à Seio, qui illam poßidebat, an contra Titium, qui nullo iure mihi obligatus est, rei uendicatione agere possum? & dubiũ non est, an & actione ad exhibendum illum conuenire? & posse negabit nemo, quoniam hæc actio maxime propter uendicationes inducta est ut in. l. prima ad exhibendum. Si igitur fateris Titium obligatum esse ex aliquo quasi cõtractu, iam falsum erit rei uendicationem contra nullo iure obliga-

tum competere, quod nullus credo audebit dicere. finge præterea hunc Titium absq; dolo aliquo rem alienasse, poterit ne actione ad exhibendum conueniri? certe non crediderim, cum hæc actio possessorem sequatur. qua ratione igitur dicere poßumus Titium ex quasi cõtractu obligatum fuiße? nam si obligatus esset rei alienatione non liberaretur, ut iam sæpe dixi arg. l. quis ergo. ff. de peculio. Alterum exemplum sit actionis de peculio, quæ cõpetit contra quẽcunq; peculium possidentem, quicunq; sit possessor. Ante igitur q̃ lis mota sit, qui possidet peculium, si illud alienet a se, iam non poterit conueniri. quia si obligatus esse, utiq; posset in ius uocari. hoc igitur est euidens argumentum actionem de peculio ex quasi contractu non nasci, quamuis personalis sit actio. Cæterum super hoc exemplo plura uerba non faciam, quoniam in. §. actiones de peculio hanc materiam tractabo. Tertium exemplum sit actionum in rem scriptarum seu interdictorum, quæ in rem concepta dicuntur ut in. l. i. ff. de interdictis, nam hæc quamuis in rem concepta esse uideantur, ui tamen ipsa personalia sunt, ut in eadem lege cauetur. Pone rem a me uiolenter ablatam a Seio, eum quidem ex delicto suo obligatum esse constat, uerum si postea res in alium translata sit, utique & contra ipsum competet actio ex interdicto quod ui aut clam, quamuis obligatus non sit, ut nota-

tur in.l. prima. ff. de intrrdictis. & ideo si ipse, rursus rem a se alienet iam conueniri non poterit, quoniam nullum negotium mecum gessit, sed possessorem sequetur incerdictum, quod in rem conceptum est. sed & nihilominus ui ipsa personale esse dicitur. idem de alijs actionib. in rē scriptis dici posset. Et ex his apparet multas inueniri personales actiones, quæ ex obligatione nō nascuntur, sed ex alia causa: neq; his obstant Iustiniani uerba, quoniam cum dicit alijs quibusdammodis actiones personales competere, non solum comprehendit quasi maleficium, sed uarias figuras causarum, ut manifeste probatur in.l. certi condictio. ff. si certum petatur. ait: lex: certi cōdictio cōpetit ex omni causa, & ex omni obligatione, ex qua certum petitur. Causa enim ab obligatione differt, tanquam genus, & species. & ideo copula & tanquam inter diuersa posita est argumento eorum, quæ traduntur in titulo. ff. de iuris & facti ignorantia. Condictio autem personalis, est actio ut in paragrapho Appellamus. Quanam igitur ratione dicentur huiusmodi actiones personales? In hoc est animaduertendum libellorum uerba quandoque in rem petitam dirigi, quandoque in personam conuentam. Prior enim forma ad reales, secunda ad personales pertinet. Nam si moueo alicui de aliqua re controuersiam, quam ipse suam esse affirmet;

ego autem dominium in ea habere dicam, in rem actio est, Sin autem aduersarium dare mihi aut facere oportere intendam, in personam est, ut in hoc §. dilucide ostenditur. In actione autem ad exhibendum peto, ut aduersarius exhibeat in actione & interdicto quodui aut clá, peto ut rem restituat. In actionibus mistis, uel ut res mihi adiudicetur, uel ut æstimationem soluat aduersarius. In actione de peculio, ut mihi debitum, quod nondum est meum, soluat. At rei uendicatione principaliter peto me dominum declarari, restitutio uero iudicis officio ueniet in consequentiam arg. l. qui restituere. ff. de rei uendicatione, & eorum, quæ hic dicuntur. non omitto tamen, quod incontinenti mota lite inducitur a lege quidam quasi contractus, unde oritur obligatio. ut traditur late per Bart. in. l. ij. §. ult. ff. de prætorijs stipula. & ideo si ago contra te ut exhibeas, & lis contestata est, iam non poteris rem alienare, alioqui dolus in te præsumetur. Alienationes enim inquit Paulus. l. xiij. ff. famil. herciscun. post iudicium acceptum interdictæ sunt, uoluntariæ saltem. in ipsa igitur lite possum intendere te exhibere oportere, non quod antea obligatus fueris, sed quod mota lite non posis rem alienare, & tu necessario debeas compelli ad exhibendum ob ius, quod mihi competere arbitror, & ex his, ni fallor, clare constat personales mihi posse competere, uel ex obligatione, uel alia ex causa, ratione, seu iure. Quamobrem personalis actio dupliciter con-

ſiderari poteſt, ut quædam actiones ex obligatione, quædam uero ex alia cauſa naſcantur. & his poteſt addi tertium genus, ut quædam ſint perſonales miſtæ, quales ſũt perſonales in rem ſcriptæ, nam reſpectu illius, qui ſe ex delicto obligauit, ex obligatione competet, reſpectu uero alterius, qui rem bona fide accepit, ex alia cauſa competet, puta, quia æquum ſit rem iniuſte ablatam mihi ante omnia reſtitui. Et hæc hactenus, quo ad perſonales. Veniamus iam ad illud membrum, quod pertinet ad reales actiones.

Nouo ſenſu percepta illa uerba, aut cum eo agit, qui nullo iure obligatus eſt. Cap. VII.

SV bdit Iuſtinianus, aut cum eo agimus, qui nullo iure nobis obligatus eſt, mouemus tamen ei de aliqua re controuerſiam, quo caſu proditæ actiones in rem ſunt. Vnde non parua oritur difficultas, qui fieri poſſit, ut cum eo agamus, qui nullo iure obligatus ſit. quam quidem difficultatem uarijs rationibus augent interpretes. Et primo a definitionis uerbis argumentantur, ubi de ſubſtantia actionis eſſe uidetur oſtendi, ut precedat obligatio, ſed ut hanc effugiant obiectionem, reſpondent largo quodam modo obligationem ineſſe, non propriã. Ego ſupra cap. ij. oſtendi non eſſe neceſſariam huiuſmodi interpretationem quo ad definitionis uerba, quamuis non negem largo quodam modo obligatum eſſe poſſeſſorem, dum rem poſſidet. Secundo impugnant aliqui Iu-

stinianum, nam actio, inquiunt, de peculio realis est, quia rem sequitur, & tamen ei potest accedere fideiussor ut in.l. creditorem.ff. ad Macedonianum. qui non solet interuenire nisi precedente obligatione ut in. l. fideiussor. §. fideiussor. ff. de fideiussoribus. potest etiam & constitutum fieri, quod nisi debito precedente nõ ualet ut in. l. prima. §. ultimo. ff. de constituta pecunia. ad hoc tamen respondet Iason possessorem, qui officio iudicis tenetur ad restituendum, largo quodam modo obligatum esse, & ideo fideiussorem pro eo, qui iudicis officio potest compelli, interuenire posse, quoniam iudicis officium solet precedere obligatio quædam crassa, ut inquiunt, Minerua sumpta ut traditur per Bartolum in.l. Marcellus. ff. de fideiussoribus. Certum autem esse, possessorem iudicis officio ad restituendum compelli posse. Ego, & si non dubito, plerumque officium iudicis interponi, ubi æquitas quidq̃ faciendũ esse docet, quæ naturalis saltem obligationis est fundamentum ut in. l. Stichum. §. naturalis. ff. de solutio. & in. l. quod si Ephesi. ff. de eo quod certo loco. hocque satis esse, ut fideiussor adhibeatur, illud tamen habere locum crediderim in his, ubi æquitas immutabiliter quicquam disponit, exempli gratia, Siquis pro reo iam in Ciuitatem reuerso fideiusserit, qui cum reipublicæ causa abesset, actione qua liberatus sit, deinde annus præterierit, intra quem poterat iudicio agi rescissorio, officio iudicis pri-

us implorato ut traditur infra in. § .rursus. Si fideiussor infra illud tempus potuit conueniri, & conuentus non fuit tam ipse, quam reus principalis liberantur. Si non potuit conueniri ex æquitate in ipsum actio restituitur, quemadmodum si fideiussor hominem promissum occiderit, ut in. l. cum quis. § . si quis pro reo. ff. de. fideiuss. quem Paulus Castren. ita declarat. Vnde constat pro eo fideiussorem posse interuenire, qui iudicis officio tenetur, quod quidem intra annum semper habebit locum. Aequum enim uisum est, ne cui alterius absentia noceat, nec absenti cum detrimento alieno prosit. argumen. l. absentia. ff. de regulis iur. at uero cum quis fideiubet pro eo, qui rem alienat, nec actor, nec fideiussor poterunt aduersus eum experiri, qui nullo iure obligatus est, nisi ex uoluntate sua fideiussor acciperetur, quoniam tunc mandati se obligauit. & ita intelligo. l. creditorem. ff. ad Macedonianum. plane a patre, inquit lex, mortuo filiofamilias eius actionis nomine, quæ de peculio aduersus eum competit, fideiussor recte accipitur. cæterum pro filio naturaliter saltem obligato patrem constituere posse dubitationem non habet, quoniam satis est obligationem naturalem ei adhærere, cuius nomine constituitur ut in. l. prima. § . ultimo. ff. de constituta pecunia. Et ex his sublata est hæc obiectio actionis de peculio. Alij tertio loco impugnant, quod negari non possit,

motam licitum non sit rem alienare, alioqui dolo is fecisse præsumetur & ideo actio eadem aduersus eum competet, alienationes enim post iudicium acceptum interdictæ sunt, ne actori opus sit cum pluribus litigare, & difficilime debitum consequi contingat, falsum ergo esse uidetur agi cum eo, qui nullo iure obligatus est, quoniam. q. sit obligatus, ex eo apparet, quia rei alienatione non liberatur ab actione mota, immo, cum præsumatur dolo alienasse, perinde condemnabitur atq; si possideret ut in. l. qui dolo. ff. de regu. iur. Sed pro responsione cõsideranda sunt tria tempora, tempus rei iudicatæ, tempus litis, tempus ante litem. Si rei iudicatæ tempus inspicias tunc obligatus est, qui fuit condemnatus, ut iam dixi. Sed de hoc Iustinianus non loquitur. si tempus litis, tunc ad id obligatus est, ne alienet ex causa uoluntaria, secus si alienatio causam uetustiorem, & originem iuris haberet necessariam, ut in. l. alienationes. ff. famil. herciscun. per quam declaratur cap. penultimum de exceptionibus uoluminis Gregoriani. & quòd de hoc tempore loquatur Iustinianus negari non potest. Si uero inspicias tempus ante litem, tunc poßet procedere illud, quod dicimus possessorem nullo iure esse obligatum ratione rei posseßæ duntaxat, nam ex aliquo contractu teneri posse supra cap. V. ostendi. Poterit itaq; alienare rem siue ex causa necessaria, siue ex uoluntaria, neq; amplius ulla actione in ius uocabitur. Considerandũ præ

terea est, si participio præteriti temporis iungatur uerbum, est, præsentis temporis, præteritum & peæsens tempus significari. nam cum dicimus, Troia capta est, non ad præsentis temporis demonstrationem refertur hic sermo, sed ad præteritum. idem cum dicimus. L. Titius obligatus est, cuius rei testis est Pomponius in. l. cxxiij ff. de uerbo. signification. ex quo loco colligitur, quid respondendum sit ad supradictam difficultatem, nam cum dicit author hic, aut cum eo agit unusquisque, qui nullo iure ei obligatus est, si illud uerbum, est, in significatione præsentis temporis accipias, non poterit comprahendi ille casus, ad quem obligatur unusquisque ex litis contestatione, si uero accipias in significatione præteriti temporis, quod hic ex materia subiecta suadetur, generaliter poterit procedere, ut nullo iure omnino obligatum fuisse dicamus eum cum quo agimus. nam si nullum negotium gessit nobiscum, ignorantia facti potest illum excusare, si rem alienauit, ne in ius uocari possit. secus esset de eo, qui negotium mecum gessit, ex quo intelligere debuit mihi obligatum esse. argumento. l. quod te. ff. si certum peta. & eorum, quæ tradit Baldus in. l. error. C. de iuris & facti igno. & ex his, ut opinor, facilime hæc difficultas sublata est. non omitto tamen illud, reperiri posse casum, in quo lite contestata nulla penitus adsit obligatio, siue quo ad restituendum, siue quo ad alienandum. Puta si prius actũ

fuerit contra poßeſſorem, ut exhiberet argumento. l. primæ & ſecundæ. ff. ad exhibend. exhibita enim re penes iudicem non poterit dici obligatus is ad alienandum, qui alienare non poteſt, quod non habet, idq; cum alijs coniunctum magis adiuuabit authoris dictum.

Intellectus. l. Et an eadem. §. actiones. ff. de exception. rei iudicatæ. Cap. VIII.

EX his autem, quæ diſputata & diſcuſſa fuerunt, poßunt elici nonnullæ inter perſonales & reales actiones differentiæ. & inter cæteras eſt hæc differentia, quod cum realis actionis libellus ei offeratur, qui rem actori ratione dominij obligatam poſſidet, ſi ſemel res exacta ſit, amplius ſuper ea agi non poterit, quoniam ſi intendam me dominum, hoc ſuperfluum erit, cum iam fuero, dominus declaratus, quod nec reus negabit. & cum res, quam mihi ſolum obligatam contendebam, penes me ſit, aduerſus illum, cum quo prius egi, litem mouere non potero. non enim ratione poſſeßionis, in qua conſtitutus ſum, non ratione obligationis, quæ nulla erat ante litem conteſtatam, & ſi qua erat poſt litem conteſtatam, ſoluta quidem fuit rei poſſeſſione in actorem tranſlata. In perſonali uero actione aliud obſeruatur, quoniam cum perſonam obligatam eſſe contendam, non ſolum ex una obligatione ſeu contractu, uerum etiam ex pluribus cõtractibus fieri poteſt, ut

respectu unius rei, ad quam erit quis obligatus multipliciter, possim sæpius agere. & ideo Paul. in. l. & an eadem causa. §. actiones in hunc modum ait. Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulæ causæ sequuntur, nec ulla earum alterius petione uitiatur. at cum in rem ago non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causæ una petitione apprehenduntur. neq; enim amplius, quàm semel res mea eße potest, sæpius autem deberi potest. hactenus Paulus. cuius uerba, nescio, an ab omnibus intelligantur. quoniam & si differentiam omnes eße fateantur, rationem tamen differentiæ, quæ probabilis sit, non adsignant. quò fit, ut nec, in quò differentiam constituerit Paulus, iudicio meo intellexerint. Verum dictis eorum diligenter discußis hoc facilius apparebit. adnotant itaq; ex illo loco Doctores in libello personalis actionis exprimendã eße causam remotam ipsius actionis, si enim rem mihi ex empto debeas, expressurus utiq; sum in libello te mihi ex empto obligatũ. quoniam singulas obligationes singulæ causæ sequuntur. at in reali actione exprimere satis est causam proximam, hoc est me dominum esse, sub qua quidem causa omnes continentur. finge igitur me ex empto agere aduersum te, & succumbere, deinde eandem rem ex testamento in alia instantia petere, an exceptio rei iudicatæ obstabit? & non obstaturam dicendũ

est.quoniam eadem causa petendi non est.quod si rei uendicatione egero,quia me dominum eße dicam,& succubuero amplius mihi agere permissum non erit,sub causa enim dominij omnes causæ,ex quibus dominus eße potueram,una petitione apprehenduntur. & ita interpretes Pauli dictum exponunt, rationemq; adducunt differentiæ,quoniam in personalibus actionibus, quæ possunt esse bonæ fidei uel stricti iuris neceße est cognoscere intrinsecas earum qualitates utrum bonæ fidei sint,nec ne, quod ex causarum remotarum expreßione intelligi poterit.in realibus autem non est ea necessitas,quoniam omnes stirčti iuris sunt, nulla enim earum comprehensa est in. § .actionum.ubi secundum doctores,omnes bonæ fidei actiones enumerantur. uerum qui adducunt hanc rationem,uidentur eam contemnere,quam Paulus exprimit. qui solum in eo fundamentum constituit, ꝙ amplius, quàm semel res,mea esse non poßit , deberi autem sæpius possit,non autem respicit ad qualitates illas intrinsecas, quoniam & in realibus inspici possunt, quarum aliquæ ciuiles,aliquæ prætoriæ,in quibusdam benignius in alijs stricto magis iure secundum naturam rei procedi potest. Praeterea aut causam specialem dominij propo sui, puta quia dixi me dominum ex empto, & succubui, & ex alia causa dicendo me esse dominum potero iterũ aduersarium in alia instantia conuenire, quod doctores hic fatentur, & tunc nulla erit differentia inter reales &

& personales, aut non expressi, sed uel dixi rem debitam, quia Titius mihi obligatus est, uel quia dominus sum, & tunc si non petatur à me, ut exprimam causam, libellus procedet. Sed, nisi causam in processu litis ostendero, certe succumbam. Vnde nec in hoc erit differētia. quod si à principio petat reus, ut causam uel dominij uel obligationis exprimam, ut ipse poßit deliberare, an cedere debeat uel contendere, ego non uideo, quare potius in uno quàm in altero casu exprimenda sit causa, immo doctores hic fatentur in utroq; casu compellendum eße actorem causam exprimere. tandem si rationem doctorum attendamus, quorsum Paulus adducit illam, quòd res amplius quàm semel mea eße non possit? fateamur enim hoc, rem scilicet amplius quàm semel meam eße non poße, quod necessario admittendum est, sequitur ne propterea me non posse ex pluribus causis dominum eße intendere, ita ut si in una decipiar saltem ex alia, quæ uera esse potest, non agam? Paulus certe hoc non diceret, qui generaliter tunc minime obstare exceptionem rei iudicatæ dixit, cum eadem causa petendi non est ut in principio eiusdem legis. Vnde aliter Paulus interpretandus est. Sciendum itaq; eandem rem ex obligatione alicuius sæpius deberi poße. ita ut licet ex una petiero, & obtinuero, ex alia etiam petere rursus possim, & obtinere. finge te mihi debere Stichum ex causa emptionis, & ex testamento, & eum me abste pe-

tere ex testamento, obtinereq́;, deinde illum eundem petere, ut uel æstimationem soluas argument l. si seruum §. ultimo. de uerborum obligationib. ff. Si Stichum *possideam, uel ut* Stichum *soluas æstimatione in alia instantia soluta.* Certe *in his casibus uerum erit, quód singulas obligationes, quibus tu adstrictus es, singulæ causæ puta ex empto & ex testamento ita sequuntur, & proponuntur ad obligtiones probandas, ut nulla earum alterius petitione facta uitietur argumento eorum quæ dicuntur in.l.* Meuius. §. *duobus. ff. de legatis.ij. quoniam res eadem sæpius deberi po test ratione multiplicis obligationis, qua quis adstrictus est. at in actione reali, in qua non contendo de alicuius obligatione, sed de dominio rei petitæ, secus erit, quoniam si ex causa emptionis dicam rem esse meã, & obtineam, fieri non potest, ut dominium semel acquisitum iterum acquiratur. & ideo omnes causæ ita appræhenduntur unius petitione, ut propter illam, in qua obtentum est, omnes uitientur, & locum non habeant.* Hanc *puto fuisse* Pauli *sententiam, quicquid alij dixerint, ex quibus omnibus, tam quæ hoc capite quâm quæ alijs diximus. cognosci facile potest natura realis actionis, quæ ad controuersias rerum corporalium pertinet.*

Ad. §. Aeque.

Quod cõfeſſoria actio ſit, cũ ago ius mihi eſſe altius ædes meas tollendi, & explicata lex Si prius. ff. de op. no. nun. Cap. XIX.

SVNT ET ALIAE ACTIONES *in rẽ, quæ ad controuerſias rerũ incorporaliũ pertinent. quarũ duplex eſt genus, quædã enim ad cõfeßoriã, quædam uero ad negatoriam dicuntur pertinere. confeſſoria is agit, qui ſeruitutem ſibi deberi contendit, negatoria is, qui negat alteri competere ut in. l. ij. ff. ſi ſeruitus uendicetur. Harum autem actionum exempla ponit hic author. Quæ ad confeſſoriam pertinent ſunt hæc. Si agat quis ius ſibi eſſe fundo, uel ædibus utendi, fruendi, uel per fundum uicini eundi, agendi, uel ex fundo uicini aquam ducendi, uel ſi agat quis ius ſibi eße altius ædes ſuas tollendi, proſpiciendi ue, uel proijciendi aliquid, uel immittendi tignum in uicini ædes. Ad negatoriam pertinent, ueluti ſi quis intendat ius non eße aduerſario utendi, fruendi, eundi, agendi, aquam ue ducendi, item altius tollendi, proſpiciendi, uel proijciendi, immittendi ue. Quæ omnia exempla à doctoribus hic facile declarantur. ego autem in difficilibus uerſaturus illud tantũ exemplum altius ædes tollendi, uel non tollendi diſcutiam, de quo doctores aliter ſentire uidentur, quàm ordo Iuſtiniani hic demonſtrat. Nam illum caſum, cum quis ius ſibi eſſe altius tollendi intendit, ad confeſſoriam rẽ*

tulit. Doctores uero ad negatiuam effectũ magis quàm uerborum sonum respicientes. illum autem, cum negat quis ius esse aduersario altius tollendi, ad negatoriam Iustinianus, Doctores ad cõfessoriam retulerunt. quorũ ratio hæc est. Quoniam cum cuilibet licitum sit altius ædes suas tollere, si seruitutem non debeant ut in l. viij. C. de seruit. Si agat quis ius sibi esse altius ædes suas tollere, is utiq; agit de libertate ædium suarum conseruanda, negatq; eam seruitutem ædibus aduersarij debitam esse, ut suas tollere minime liceat. inspecto itaq; effectu negatoria erit hæc actio censenda, quod si negat ius non esse aduersario altius ædes suas tollere, is utiq; contra libertatem earum agit, intenditq; seruitutem ædibus suis debitam esse, ut non liceat alteri altius tollere, & qui uellet hanc opinionem tueri, posset obiectionem ordinis ab authore in contrarium obseruati hoc pacto euitare, ut fateretur duplici ratione negatoriam & confessoriam posse eandem actionem appellari, habito enim respectu ad sonum uerborum negatoriam esse, inspecto uero effectu cõfessoriã, Iustinianũ autẽ hic leuem ac simplicem facilioremq; uiam elegiße, quod in multis locis Institutionũ suarum fecit, prout in principio huius operis in. § . His igitur. de Iustitia & iure destinauit uerum altius rem considerando defendi etiam posse arbitror, ut cum nego ius tibi esse altius tollendi, negatoria sit, non solum quo ad uerba, uerum etiam quo ad effectum

nam illud, quod dicitur licere unicuique altius ædificare, intelligendum quidem est, dummodo sciat se formam ac statum antiquorum ædificiorum custodire debere, ut in.l.qui luminibus.ff.de Seruitutibus urba. prædiorum. & dummodo non officiat alterius ædificio argumento l. domum.ff. de regul.iur. Finge igitur me ædificasse, prius quàm te, & certo loco quasdam fenestras fecisse, ex quibus ædes meæ lumen accipiunt, certe si tu dein de ædifices ita, ut luminibus meis officias, potero recte agere tibi ius non esse altius ædificare, quod si postea inter nos conuetum fuerit, ut tibi liceat in præiudicium illorum luminum ædificare, iam seruitus tuis ædibus acquisita est, quæ impositititia appellatur argumen. l.de pupillo. §.Sextus Pedius.ff.de oper. no. nunciac. Vnde si uelis ædificare, & ego tibi resistam, poteris agere ius tibi esse altius ædificare. & erit hæc confessoria actio. quod si neges talem seruitutem impositam fuisse, poteris negatoria agere ius mihi non esse altius ædificare in præiudicium & incommodum mearum ædium. & ad istos casus potuit Iustinianus respexisse, quos uerosimilius est contingere, quàm quod quis agat expressim contra Ciuitatis statuta, quibus quædam forma ædificijs data est, ut traditur in.l.qui luminibus. Potest & alio modo seruitus constitui, ut cum antea posses altius ædificare, quantum tibi ex forma & statu anti quorum ædificiorum licebat, nunc non poßis, ne forte

prospectus ædium mearum offendatur, quæ quidem servitus differt ab ea, ne luminibus officiatur. ut in.l. inter servitutes. ff. de de servitutib. urba. præd. quod autem possit hoc modo servitus constitui, ne altius ædificetur, patet in.l. hæc autem iura, eiusdem tituli.. eoq; casu, si vellē cōfessoria agere, agerem mihi ius esse, ne tu altius tollas, quoniam isto modo solent concipi confessoriæ actiones, ut affirmem mihi ius esse, ut uel faciam, uel tu non facias propter servitutem mihi acquisitam. quod si ita percepissent Doctores, non usq; adeo in interpretatione.l. Si prius quàm, ff. de de no. op. nunc. inuoluerentur. ait ibi Africanus. Si prius, quàm ædificatum esset, ageretur ius uicino non esse altius ædes tollere, nec res ab eo defenderetur, partes iudicis non alias futuras fuisse Caßius ait, quàm ut eum, quo cum ageretur, cauere iuberet non prius se ædificaturum, quàm ultro egisset ius sibi eße inuito aduersario altius tollere, idemque è contrario, Si cum agere uellet quis, sibi ius eße inuito aduersario altius tollere, eo non defendente similiter, inquit, officio iudicis continebitur, ut cauere aduersarium iuberet, nec opus nouum se nunciaturum, nec ædficanti uim facturum eaque ratione hactenus is, qui rem non defenderet, punietur, ut de iure suo probare necesse haberet, id enim esset petitoris partes sustinere. Hæc sunt uerba Africani, quæ referre uolui, ut eis propositis facilius intelligantur, quantum

ex illis opinio nostra probetur, & aliorum interpretati ones uane efficiantur, Doctores itaq; communiter primum casum Africani per negatiua uerba conceptum ad confessoriam actionem referunt. moti ea ratione, quam supra adduxi. Verum experiamur, quantum ualeat hæc interpretatio, & quem effectum habeat, quaue pœna afficiat decretum iudicis eum, qui se non defendit. ibi Cassius ait partes iudicis esse, ut eum, quo cum ageretur, cauere iubeat se non prius ædificaturum, quàm ultro egerit ius sibi esse altius tollere. in pœnam igitur impositum est. ut probet id, quod iure communi probatum est; nam unicuiq; licet altius tollere. quid ergo hæc pœna operatur? cum semper aduersarius seruitutem debeat probare? non is, qui in libertate esse intendit, qui iuris præsumptione munitus est. ex quo efficitur ut remediũ hoc Cassij uanum sit, si Doctorum interpretationes sequamur, quanto igitur facilius erit illum casum negatiue conceptum ad negatoriam referre, per quam actor negat aduersario ullam seruitutem acquisitam esse, ob quam reus altius tollebat aliter non ædificaturus in præiudicium mearum ædium. non itaq; carebit effectu pœna illa, ut prius seruitutem sibi acquisitam esse ostendat, rursus secundum casum Africani affirmatiue conceptũ Doctores ad negatoriam referunt, existimarunt enim eum, qui agit ius sibi esse altius tollere, ideo agere, quoniam aduersarius seruitutem sibi competere aiebat, ne

actor altius ædificaret. quam quidem seruitutem actor negat. Vnde si reus se non defendat, officio iudicis continebitur, ut cauere aduersarium iubeat nec opus nouum se nunciaturũ, nec ædificanti uim facturum. uerum hæc pœna modici effectus est, quoniam & si imposita non esset, tenebatur reus uim non facere, & si nouum opus nunciaret, cum probasset actor licitum esse sibi altius ædificare secundum regulam iuris communis, nisi reus contrarium ostendisset, posset actor altius ædificare saltem præstita satisdatione de demoliendo opere. quæ satisdatio facile præstaretur. maiorem autem effectum habebit iudicis decretum, si actor confessoria ageret seruitutem sibi acquisitam altius tollendi, nam nisi reus se defendat, nunciare non poterit ob iudicis decretum, qui si nunciaret interim, antequam ædificaretur, actor teneretur probare seruitutem sibi acquisitam. cuius quidem casus difficilior est probatio, quàm superioris. in priore enim iuris regula pro actore est, in secundo contra eum aliæ regulæ iuris pugnant, quibus obstantibus ædificare non potest nisi acquisita seruitute. Et ex his, ni fallor, facilior erit illius legis intellectus, quàm ut dicamus secundum crebriorem sententiam, primum casum ad confessoriam, secundm ad negatoriam, uel secundum Zasium in suorum intellectuum lib. primo utrumq; casum ad confessoriam pertinere. concludamus ergo priorem ad negatoriam, alterum uero ad confessoriam

referri posse.

Exposita illa uerba, Sane uno casu, is qui possidet, nihilominus actoris partes obtinet, aliter quam per Doctores. Cap. X.

SED ut eo reuertamur, unde digreßi sumus, Sciendum est, secundum Iustinianum, genus illud negatoriæ actionis in controuersijs rerum corporalium proditum non esse, nam in his is agit, qui non possidet. ei uero, qui poßidet, non est actio prodita, per quam neget rem actoris esse. Sane uno casu inquit author, qui poßidet, nihilominus is actoris partes obtinet, sicut in latioribus Digestorum libris oportunius apparebit. quis autem sit iste unus casus, uarie certatum est inter huius tituli interpretes. Accursius dupliciter intelligit hæc uerba, uel ut intelligantur in duplicibus iudicijs, ut familiæ herciscundæ, communi diuidundo, finium regundorum, in interdictis uti possidetis, utrobi, in quibus, qui possidet, actoris partes solet obtinere, uel ut referantur ad eum casum, quum reus excipit de dominio, quod probare intendit, nam agere uidetur is, qui excipit ut in. l. 1. ff. de exceptio. cuius rei argumentũ sumi potest ex. l. xiiij. ff. de probatio. ubi permittitur ei, cui de statu suo cõtrouersia mouetur, & in possessione ingenuitatis est, suscipere in se ingenuitatis probationem, ut pro se feratur sententia. Iasoni prima declaratio magis placet. cui non obstare inquit, quod non uideatur unus, sed plures

casus, quoniam generaliter accipiendo, unus est casus plures sub se cōtinens. Posterior autem declaratio displicet, quoniam illa limitatio regulæ non conueniret, & exceptio casum, qui sub regula posset contineri, debeat comprehendere arg. l. nam quod liquide. §. ulti. ff. de penu. leg. Sed & ultra istum casum potest alius esse, ut puta si doninus rem illam ciuiliter poßideat, alter uero detineat naturaliter, nam & eo casu rei uendicatio cōpetet domino ciuiliter poßidenti ut in. l. officium. ff. de rei uendicat. Vnde iam non erit unus casus, ut hic dicitur. aliter ergo ille casus intelligendus est. Considerandum itaque Iustinianum hic de duobus casibus tractasse, Primus ad actiones affirmatiuas pertinet, Secundus ad negatiuas. & hic ultimus solū habet locum in controuersijs rerum incorporaliū, fortasseq; ea ratione quo ad huiusmodi seruitutes, de quibus in hoc. § mentio fit, hoc genus negatoriæ actionis inductū est, quoniā ex negatione, quæ primo fit in huius actionis libello, quū negatur aduersario seruitus ulla competere, resultat effectus eius, quod intēditur. quod non est in controuersijs rerum corporalium. exempli gratia, Si tu immissū habes tignū in meas ædes, illud ita habere non potes, nisi ratione alicuius seruitutis, quam habes in meis ædibus, quare cum nego tibi talem seruitutē cōpetere, consequens est, ut eo probato non possis tignū immissū habere supra ædes meas ꝙ si rē meā poßideas, et negē rē tuā esse, nō ex hoc īfertur, uel q mea

sit, uel quod ad me debeat peruenire. non itaq; sufficit negare, sed opus est dominium tuum esse probare. ideoq; negatoria in his controuersijs prodita non est, assignatur & alia ratio, quod rei uendicatione is agere soleat, qui non possidet, quoniam si possidet, necesse non habet dominium probare. sane uno casu is, qui possidet, nihilominus actoris partes obtinet, id est, primo, quum quis. s. affirmat sibi dominium competere, non autem secundo in hoc. §. proposito, scilicet cum quis negat aduersario ius competere. iste ergo est unus casus, de quo priori loco mentionem fecit. in quo permittitur possidenti in rē agere, ut in exemplis traditis apparet, ut ei qui possidet licitum sit affirmatiuam actionem proponere aduersus naturalem rei detentorem, in qua probet actor se dominum esse, licitum autem non erit negatiuam proponere actionem, in qua neget reum dominum esse, quoniam tale genus actionis in controuersij s rerum corporalium proditum non est, nec enim si probaret dominum non esse aduersarium, hoc ad rei uendicationem prodesset, nā fieri potest, ut neq; aduersarius dominus sit, neq; actor, quo casu rei uendicatio locū nō habet. at in controuersijs rerum incorporalium, si actor neget ius seruitutis ullum competere aduersario, eo quidem probato, uel quia aduersarius seruitutem non potest probare, uel quia eam in cuiu s possessione erat reus, probauit actor falsam ac commētitiam esse, consequens erit, ut nequeat aduersarius ædibus

rius ædibus meis, aut alicui alij rei ullam seruitutem imponere. hanc declarationem tutiorem, quàm cæteras esse arbitror. illud autem silentio non prætereo, quod in aliquibus uetustis codicibus ita legitur. Sane unoquoq; casu is, qui possidet, & tunc ita posset interpretatio fieri, ut uerba illa tam ad confessoriam, quàm ad negatoriam referantur, illæ enim actiones domino possidenti solent competere ut in.l. & si forte. §. sciendum. ff. Si seruitus uendicet. & traditur per Bartolum in.l. si prius. ff. de oper. no. nuncia. quum enim dictum esset rei uendicationem ei, qui non possidet, solere competere. & propterea tale genus actionis negat in cõtrouersijs rerũ corporalium proditum non esse, Sane inquit, in utroq; casu, siue negatoriam proponat, siue confessoriam is, qui possidet, nihilominus actoris partes obtinet, ut iam dictum est. Prior declaratio magis placet, quæ à communi lectione non recedit.

Ad. §. Sed istæ,

Quo iure sint introductæ actiones, an gentium, an ciuili, tum aliqua facile expósita, quorum declarationes à multis desiderari poterant.

Cap. XI

DIVISIONE Actionum uniuersaliter tradita, quæ causam materialem respicit, transit iam Iustinianus ad aliam diuisionem, quæ causam efficientem respicit huiusmodi continuatione utens. Sed istæ, in-

quit, actiones, quarum mentionem habuimus, & si quæ sunt similes, ex legitimis & ciuilibus causis descendunt. aliæ autem sunt, quas prætor ex sua iurisdictione comparatas habet. quibus ex uerbis duæ oriuntur difficillimæ iuris quæstiones, quas hic disputabo. Prima est, quo iure actiones introductæ sint, an iure ciuili, an gentiũ. Secunda est, quam habuerint prætores potestatem. Quo ad primam cõmuniter receptum est, actiones iure ciuili introductas fuisse. quæ quidem opinio uidetur hoc in loco probari, cum actiones, de quibus suprà facta est mentio, ex legittimis et ciuilibus causis descendere dicãtur, aliæ uero de quibus infrà tractatur, ex iure prætorio. quod iuris ciuilis pars est ut in.l.Ius ciuile.ff.de iustit. & iure. & suprà de naturli iure gentium uel ciuili. §, ius scriptũ. & ideo in quamplurimis locis Iurisconsulti actiones ciuiles appellant. ut Paulus in.l.xvij.ff. cõmo. Vlpianus in.l.1.ff.de superficieb. idem in.l.iiij.ff.nautæ caup.stab. & alij uarijs in locis. tandem pro huius opinionis fundamẽto adducitur illud, ꝙ naturalis obligatio, q̃ iuris gentiũ esse dicitur, ut tradit Bart.in.l.ex hoc iure, .ff.de iust.et iur. sufficiens non sit ad pariendã actionẽ, nisi à ciuilibus legibus confirmata sit. ut.s.de obligati. ex definitione obligationis apparet, unde fit ex pacto nudo, ex quo naturalis tantũ obligatio nascitur, actionẽ non competere, ut in.l.iuris gentiũ. §.sed quũ nulla.ff. de pactis. Fieri igitur non potest, ut quum obligatio acti

onem præcedat, ut in.l.licet. §.primo ff.de procurator. Prius sit res producta, quàm ea, quæ rei productæ initium est, quamq; ciuiles leges, ex quibus actiones compositæ dicuntur, ut in.l.ij. §.deinde.ff.de origine iuris. hæc sunt, quæ pro communi opinione potissimũ adducuntur. pro contraria tamen parte, quã q sequuti sunt non defuerunt, uariæ rationes adducuntur, & legũ dispositiones. Primoq; huius opinionis citatur testis Martianus, qui .l.xxv.ff.rerum amotarum, Iure gentium, inquit, condici posse puto res ab ijs, qui non ex iusta causa possident. Paulus etiam.l.xv.ff.de condiction.indebit.condictionem indebiti naturalem esse dixit.eo pertinet, quod Caius in.l.eas obligationes.ff.de cap.diminution. scripsit. ubi eas actiones, quæ in bonum & æquum conceptæ sũt, & naturalem præstationem habere intelliguntur, etiam post capitis diminutionem durare ait. quod item pro alia parte afferebatur actiones ex legibus compositas fuisse, illud argumento est eas ante leges fuisse, licet incompositas. Adducitur præterea, quod uerosimile non sit ex contractibus olim iure gentium actiones minime competijsse, alioquin inefficaces fuißent, cum sine actione nemo in iudicio experiri potuisset, ut in.l. pupilli. §. uideamus.ff.de negotijs gestis. Tandem reiectis multis alijs. Pro huius opinionis ualidissimo fundamento adducitur.l.xxij. §.is cuius.ff.mandati. ubi Paulus,

cit is, cuius bona publicata sunt, mandare alicui potest, ut emat, si emerit, utilis erit mandati actio, si non præstet fidem. quod ideo receptum est, quia publicatis bonis, quicquid. postea acquiritur non sequitur fiscum, ex quibus Doctores, tam qui hanc, quàm qui alteram opinionem sequuti sunt, annotant deportato actionem competere, qui cum ea amittat, quæ iuris ciuilis sunt, retineat uero, quæ sunt iuris gentium, argumento est actionem ideo retinere, quia iuris gentium est, quemadmodum & contractus. atque hæc sunt Doctorum rationes, ob quas in uarias opiniones iuerunt. Verum ut omnia concilièmus, animaduertendum est in primis actionem dupliciter accipi posse. Primo pro illo iure persequendi in iudicio, ut ex definitione apparet. Secundo pro forma quadam extrinseca agendi, & libello, qui ædi solet ut in. l. 1. ff. de ædendo. & actionem hoc modo acceptam à iure ciuili emanasse dubitandum non est, forma enim agendi cum certis solennitatibus à legibus composita est ut in. l ij. ff. de orig. iuris. Si uero actionem pro iure persequendi uel pro nuda & simplici persequutione eius, quod debetur, accipiamus, dubium etiam non est, iure gentium actionem fuisse, ut puta cum implorabatur manus regia, & extra ordinem omnia fiebant, ut in. l. ij. de orig. iuris. cuius instar obtinet nunc actio, quam persequutionem appellamus. Sed cum postea iure ciuili introductæ sint certæ quædam solennitates, ac regulæ quibus iuri-

gentium detrahebatur, uel addebatur, uel illud confirmabatur, aut corrigebatur, factum est, ut sine his ius consistere non posse uideatur. ex legibus itaq; ciuilibus ius nasci frequenter dicimus, inde obligationes, & actiones prouenire. indeq; fieri ut, si deportatus cōtrahat, ille contractus quo ad effectus ciuiles efficax non sit, quoniam amisit ea, quæ iuris ciuilis sunt deportatus. ut in. l. quidam sunt. ff. de pœnis. quo ad obligationem uero naturalem inducendam ualebit. Ius enim ciuile non potest corrigere naturalia iura, quæ immutabilia sunt. quãodquidē præceptis ciuilibus nō tollētur, sed ex suismet præceptis mutationē recipient. utputa, Si ego promisi centum, naturaliter quidem obligor. si soluero, naturalis obligatio extinguitur, quoniam solutio naturali iure obligationem tollit. quod si Titio ex stipulatu promisero centum, naturaliter & ciuiliter obligatus sum, Si deportatus sim, ciuilis obligatio cessabit, naturalis semper habebit locum. Vnde non immerito Accursius in. l. manumissiones. ff. de iustitia & iure. per seruitutem, quæ ex iure gentium introducta est, libertatem, quæ à naturali iure est, tegi censuit, non tolli, eamq; deinde per manumissionem detegi, licet quo ad ea, quæ iuris ciuilis sunt, libertatē propter seruitutem interpretetur lex amissã, uere tamē et naturaliter sublata nō est, quæ quidem sententia & subtilissima & grauissima est, ex qua facilime declaratur. § . Sed naturalia de iure naturali gentium & ci

gentium & ciuili, coniunctis his, quæ supra retuli. redeundo ad propositum, quod dixi deportatum amittere ciuiles effectus non refragatur legi xxij. §. is cuius. ff. mã. quonia illa de deportatione alicuius nõ loquitur, sed de bonorum publicatione, inter quæ longa est differentia, nam deportatio personam, publicatio bona respicit. & hæc distinstio ex Pauli dictis ibi probatur dicentis, quicquid postea acquiritur publicatis iam bonis non sequitur fiscum, quod in deportato aliter esset. quod autem dixi iam ex iure ciuili actiones nasci, ciuilesq; posse easdem appellari, non obstat illis legibus quæ pro hac secunda opinione adductæ sunt, quoniam plerunq; leges aliquid ad naturale ius pertinere dicunt. non quod iuris ciuilis authoritas non interueniat, sed quod plurimum æquitatis remisso legũ rigore in eo uersetur, ob quã rationẽ actiones bonæ fidei ab actionibus stricti iuris distinguimus, non quod in omnibus bona fides adesse debeat ut in. l. bonam fidẽ. C. de act. & oblig. Sed quia in illis magis q̃ in his ex bono & æquo procedamus. ita etiã & de illis legibus dicendũ, quæ appellant actiones naturales, uel in iure gentiũ eas consistere dicunt. tractant enĩ de quibusdã casibus restitutionũ, in quibus multũ ex æquitate proceditur, in restitutione enĩ rei iniustè, uel aliter amissæ latiorẽ interpretationem facimus, q̃ in exhibitiõe. ut in. l. plus est. ff. de uerbo. signi. Et ex his utramq; opinionem posse defendi constat.

Vtrùm Prætores habuerint authoritatē iuris cōdēdi, et quomodo intelligēdū sit eos ius ciuile potuisse corrigere, & de responsis prudentū nonnulla. Cap. XII.

SEQVITVR, ut discutiamus, quam potestatem prætores habuerint, ex quorum iurisdictione quā plurimæ actiones emanasse dicuntur. ut in hoc. §. & aliis huius tituli, & multis in locis expressim dicitur. & quidam ob hoc arbitrati sunt eos legis condendæ authoritatem habuisse. quam opinionem multis alijs argumentis comprobarunt. Nam ius quod à prætore introducebatur, prætoriū, seu honorariū in ipsorū honorem appellabatur, per illudq; ius ciuile supplebatur, adiuuabatur, uel corrigebatur ut in. l. ius ciuile. & seq. ff. de iust. & iu. & in principio tituli de bonor. possession. huius uoluminis. qui actus ad legislatorē pertinent. eius enim est tollere, cuius est condere legē. & quemadmodū iurisconsultis olim permissū erat iura condere, & interpretari ut in §. responsa prudentū de iu. nat. gen. & ciu. ita & prætoribus permissū fuisse uerosimile est, qui censentur quasi uiua uox iuris ciulis ut in. l. nā hoc ius ff. de iust. & iu. & ideo ipsi proponebāt ædicta, ut se præmunirēt ciues, scirentq;, quod ius de quaq; re dicturi essent ut in. l. ij. de orig. iu. Pōponius scribit. & plerūq; uerba ædictorū in futurū cōcepta ad iudiciū referebātur, ut in ædicto de pactis, de cōmodato, & simlib. apparet, modoq; regulas iuris sequebantur, modo iuris ciuilis rigorem mitigantes

æquitatem amplectebantur, illamq; præ oculis habebant arg. l. quod si Ephesi ff. de eo quod certo loco dari promiss. duritiemq; iuris spernebant, & penitus reiiciebant potius ad ius gentium, bonumq; & æquum; quàm ad iuris ciuilis authoritatem respicientes: indeq; factum est, ut emancipatos filios, qui iure ciuili incogniti erant, ad successionemq; patris minime admittebantur; ipsorum authoritate uocati admitterentur ut in. l. prima. ff. de bonor. poss. contra tabul. Si ergo legis condendæ authoritatem non habuissent, quo iure legem corrigere potuissent, cum maior authoritas in tollendo, quàm in condendo requiratur? condi enim possent leges ab habente par imperium, Tolli autem ab eo qui maius imperium habet deberent. Nam solet dici parem in parem imperium non habere. Vnde non immerito Iustinianus in § Prætorum quoq; ædicta de iure naturali gentium & ciuili. Prætorum, inquit, ædicta non modicam obtinent iuris authoritatem. adeo ut ius scriptum non solum ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, principum placitis constare dixerit, uerum etiam addiderit Prætorum ædicta, deinde responsa prudentum, quibus permissum fuisse iura condere expreßim cauetur. & hæc in. §. Ius scriptum eiusdem tituli decisa sunt. His tamen omnibus neglectis argumentis contrariam opinionem pleriq; sequuti sunt eo potissimum fundamento, quod Iustinianus in §. primo. de bonor. poßess. hæredes ipso iure fieri non

posse, ab eo quem solus prætor ad hæriditatem uocat, tradiderit, cuius rationem subdit, quoniam id per legem, aut similem iuris constitutionem fieri debet. id argumento est prætorem neq; legem, neq; similem iuris constitutionem, qualia sunt senatus consulta, principum placita, plebiscita facere non potuisse. nam si potuisset, hæredem ipso iure facere potuißet. fatentur autem, qui hãc opinionem sequuntur, prætorem iuri reddendo præpositum fuisse, potius tanquam iuris ministrum, quàm authorem ut in. l. ij. ff. de origin. iur. ædictaq; prætorum approbante populo recepta esse, authoritatemq; obtinuisse perinde, atq; si leges fuißent, in honoreq; ipsorum factum esse, ut ius prætorium, seu honorarium uocaretur. & ex his putant responsum ad ea, quæ pro priori opinione adducta sunt. mihi sane durum uidetur, ut ius illud quod ex iurisdictione, & substantia prætoris emanaße dicitur, aliunde prouenisse dicamus. & quum innumeris iuris decisionibus cautum esse uideamus prætores potuisse, quod iure ciuili introductũ fuerat corrigere, absonum esset, ut diceremus eos minime authoritate sua id fecisse, nisi populi authoritas interueniret, tunc enim à populo introductum eße diceretur. omnia enim nostra facimus, quibus authoritatem nostram impartimur ut in. l. prima C. de ueteri iure enuclean. Sed ut omnia dilucidentur, crediderim ego in primis illud negandum nõ esse prætorem scilicet authoritatem habuiße iuris condendi, & iu

ris ciuilis corrigendi, cum tamen eius imperium intra annum duraret, pariter & ius prætorium annuum erat, ut Iustinianus inquit in principio tituli de perpetuis & temporalibus actionibus. Ideoq; hoc ius lex non appellabatur, nisi, qui multum prætoris ædicto tribuunt legẽ annuã appellent, ut inquit Cicero in Verrinis lib. secũdo. Verum legis appellatione in dubio eam intelligimus q̃ perpetuo durat, nisi abrogetur argum ẽto, l. in his. ff. de constitution. principum, & aliarum iuris decisionum. Habebant igitur prætores intra annum potestatem corrigendi, emendandi, condendi ius, & anno elapso ipso iure corruebat, quod ipsi introduxerant. quod autem dixi eos habuisse authoritatem iuris corrigendi, ita accipiendum esse putarem, ut quæ legibus, plebiscitis, senatus consultis, aut principum placitis sancita erant, corrigere aut mutare nõ possent, uix enim dici potest, ut quod totius populi, seu plebis cõsensu aut senatuscõsulto, aut principis placito sancitũ erat, corrigere prætores possent, qui tantã aithoritatẽ nõ habebãt, quantam uniuersus populus, aut senatus, aut princeps. illud uero ius, quod ex prudentũ interpretatione, necessarijsq; fori disputationibus introductũ erat, tacitoq; cõsensu populi paulatim in consuetudinem uenit, corrigere intra annũ prætores poterant. nã illud ius plerũq; magis propter prudentũ authoritatẽ cõsuetudinẽq; ipsã, q̃ quod rationẽ haberet aut in æquitate cõsisteret, introducebatur. In forensibus

enim disputationibus, ac contentionibus plerunq; magis iuris ciuilis rigor, quàm æquitas, magis legũ uerba, quàm ratio, aut mẽs solẽt inspici. hoc itaq; ius, q̃d ciuile appellatur, & in eorum authoritate cõsistit, qui leges condendi authoritatem nõ habuerunt, prætores corrigebant, emẽdabant, non autem illud ius, quod speciali nomine uel leges, uel plebiscita, uel senatuscõsulta, uel principum placita appellabatur ut in. l. ij. ff. de orig. iur. quod si hæc declaratio tibi nimis dura uideatur, saltem illud dicendum est, prætorium ius annuum fuisse & temporariũ, postea uero consensu siue tacito siue expreßo populi, aut senatus consulti approbata prætorũ ædicta pro legibus habẽri cæperunt. quod autẽ in legibus sæpe mentio fit de perpetuo ædicto sane de illo intelligendũ est, quod perpetuæ iurisdictionis causa, nõprout quæq; res incidit, proponebatur, id est eo animo, ut semper duraret, ut in. l. si quis id quod. ff. de iurisd. om. iud. saltẽ q̃diu sua iurisdictio duraret arg. l. debitor ff. de pig. idq; nouis prætoribus licitũ erat reijcere. q̃ uero diximus prudẽtib: permissũ fuiße iura cõdere, intelligendũ ẽ de illis interpretationibus q̃as postea ut, maior iuris authoritas haberetur, eis facere erat permissũ, qui fiduciã suorũ studiorum habebant. hi enim annu ente imperatore, consulentibus publice respondebant ut in. l. ij. §. & ut obiter. de origini iur. ab eorumq; responso iudex recedere non poterat ut in. §. responsa prudentum de iure nat. gan. quod si uariẽ

erant eorum iuriſconſultorum opiniones, illorũ, credo, preferebantur, qui ſub Imperatore tunc uiuente interpretabantur. nam quemadmodum Imperatoris mortui nouus ſucceſſor leges poteſt abrogare, ſimilis authoritas ijs prudentibus, ut ueriſimile eſt, conceſſa erat. Sed *in hoc cum neceſſarium iam non ſit, amplius inſiſtendum non puto. tranſeamus ad alia, & uideamus quæ ſint actiones prætoriæ.*

Ad. §. *Namq;.*

Diſputatum de intellectu huius. §. & multa de Publiciana contra Doctores explicata.

Cap. XIII.

QVONIAM *autem actionum prætoriarum quædam in rem, quædam in perſonam eſſe dicuntur,* Primo *de realibus loquamur.* Reales *actiones, de quibus hic* Iuſtinianus *tractat, ſunt Publiciana, reſciſſoria, reuocatoria, Seruiana, quaſi ſeruiana, ſeu hypothecaria. Publiciana ei competit, cui ex iuſta cauſa res aliqua tradita fuerit, ueluti ex cauſa emptionis, ſi, antequam eius rei dominus effectus fuerit, poſſeſſionem amiſit. nam hoc caſu, cum nullam haberet in rem directam actionẽ, quippe ita proditæ ſunt actiones in rem, ut quis dominum ſuũ uendicet, neceſſaria fuit hæc actio, in qua dicere actorem inquit Iuſtinianus, ſe rem uſucepiſſe, quam uſu non cepit. Vnde oritur difficultas, qua nam ratione permittat lex, alioqui iuſta, & ſancta, ut*

actor in mendacium & periurium incurrat. respondent aliqui permissum esse mendacium legis authoritate interueniente. nam & solet dici iuste possidere illum, qui authore prætore possidet, ut in.l.iuste.ff.de acquirend. possess. Et iuramentum non solet ad ea referri, quæ à lege excepta sunt ut in.l.ult. C.de non num.pecunia. & l.ult.ff qui satisda.cogant. Hæc quidem responsio semper mihi displicuit. quoniam nec lex ciuilis potest peccatum tollere, neque iura naturalia corrumpere ut in.l. eas.ff.de capit.diminut.&. §.Sed naturalia de iure nat gent. & ciuil.nec uideo, quæ necessitas mouere legis latorem potuisset, ut huiusmodi formam introduceret. immo & periculosa est, & naturæ huius actionis minime conueniens. Nam fatuus esset actor, si petitionem suam in usucapione fundaret, adstringeretq; se ad usucapionem probandam, quod probari non erat necesse, immo si si probet, iam istud rei uendicationi magis proprium est, quam publicianæ, quæ in subsidium & defectum ciuilis actionis introducta est. nam ait prætor. Si quis id, quod traditur ex iusta causa à non domino, & nondum usucaptum petit, iudicium dabo. meritoq; ait prætor nondum usucaptum. Nam ut inquit Vlpianus in.l.prima de publiciana in rem actione, si usucaptum est, habet ciuilem actionem, nec desiderat honorariam, quod autem diximus iuste possidere, qui authore prætore possidet, illud est, quia pro iudice præsumimus. neque propterea

ſequitur, quin prætor iniq; faciat, ſi contra conſcientiã poſſeſſionem alicui decernat. & quod de iuramento dictum eſt, habet locũ in caſibus inopinatis, at hoc in caſu, ſi ſpecialiter affirmet, & iuret ſe uſu cæpiſſe, non uideo, quemadmodũ actor excuſandus ſit, aut lex talia permittens defendi poßit, ita ut mirandum ſit de Iuſtiniano huiuſmodi formam tradente, quæ neq; in ædicto prætoris, neq; apud iuriſconſultos inuenitur. Vnde alij, quod hic dicitur permitti actori, ut ſe uſucepiſſe dicat, ita intelligunt, ut ſe quaſi uſucepiſſe dicat. nam hoc uerbũ antea repetitum eſt. & hæc reſponſio magis tuta eſt, quoniã et rationi magis conuenit. Sed quum hic ſpecialiter & principaliter forma libelli tradatur, neque ponatur uerbum, quaſi, hoc eſt argumentum actorem libere poſſe dicere ſe uſucepiſſe, quod uſu non cepit, neque ſubauditionem uerbi, quaſi, neceſſariam eſſe. pro reſolutione igitur huius difficultatis illud ante omnia ſciendum eſt, prætores, qui ex bono & æquo procedebant, plerumq; iuris gentium naturaleſq; regulas ſequi, quàm iuris ciuilis ſolennitates, ut proxime cap. docui, Sciendum inſuper uſucapionem dupliciter accipi poſſe, naturaliter, & ciuiliter, naturaliter quidem ſignificat actum capiendi rem ad uſum & utilitatem alicuius, ciuiliter pro acquiſitione dominij per continuationem poſſeſſionis temporis lege definiti accipitur ut in. l. iij. in. l. ſi is qui pro emptore in. l. rerũ miſtura, et alijs in legibus. ff. de uſucapionib.

Hæc duplex significatio reperiri potest, Prætor igitur publicianæ in rem actionis author magis ad naturalem usca piendi significationem, quàm ciuilem respiciens potuit utique permittere, dicere se rem usucepisse, id est ita ad usum cepisse suum, ut ex continuatione posseßionis per tempus definitum à lege dominium acquirere potuisset. dicet ergo se rem usucepisse naturaliter, quod ciuiliter usu non cepit. hæc est plana & facilis huius difficultatis resolutio. & ex his omnibus sequitur actorem duntaxat istud probaturum esse in hac actione, rem scilicet ex iusta causa sibi traditam fuiße, & si is, qui tradidit, dominus non fuit, se potuisse usucapere. non autem tenebitur illud probare, quòd, qui tradidit, dominus non fuit, quoniam hæc actio magis introducta esse uidetur, ut actorem ab onere probandi dominij subleuet, quàm ut eum ad probandum obliget dominum nõ fuiße, eũ qui tradidit. nã & magis uerisimile est prætorem ijs, qui nondum in mala fide, quàm ijs, qui in mala fide sunt constituti maluiße subuenire. Vnde Marcellus in l. yiij. ff. de publiciana. §. publiciana, tempus, inquit emptionis publiciana continet, & ideo neq;, quod ante emptionem, neque quod postea dolo malo factum est, in hanc actionem deduci Pomponio uidetur. ex quo apparet dubitatum fuisse à Marcello & Pomponio, an mala fides superueniens post tempus scilicet emptionis contractus noceret

actionem publicianam exercenti. quod autem dicitur actionem hanc competere, si res à non domino tradita, & nondum usucapta petatur, ita intelligendum est, ut quod de non domino dicitur, respiciat negocij ueritatem, potius quàm actoris opinionem. finge enim me dubitare, an is qui tradidit ex iusta causa, dominus fuerit, nec ne, certe nec dominium illius fuisse, nec illius non fuisse potero affirmare præcise. Posuit igitur prætor illud, quod sufficiebat ad actionem publicianam, potius quàm illud, quod necessario requirebatur. Vnde Marcellus in. l. viij. de publiciana exponens uerba ædicti hæc, inquit uerba, qui bona fide emit, hoc continent ut non omnis emptio prosit, sed ea, quæ bonam fidem habet. Proinde hoc sufficit me bonæ fidei emptorem fuisse, quamuis à non domino emerim, quasi uoluisset dicere. non solum eo casu quo dominus sit ueritate negotij inspecta, de qua lex certa est, nos autem incerti esse possumus ut in. l. uentre. ff. de adquir. hæreditat. hæc actio effectum habebit, uerumetiam si dominus non fuerit. et quod hæc necessario ita intelligenda sint, ex uerbis pretorij ædicti, ubi est origo huius materiæ, potest hoc pacto demonstrari. ait Prætor. Siquis id, quod traditur ex iusta causa à non domino, Si ueritatem negotij inspicias is, qui dominus non est, non habuit iustam causam, rei, quam sciebat esse alterius, uendendæ, quia bonam fidem non habet. necessario ergo intelligere debes quo, ad opinionem accipientis, cu

tis cuius bona fides duntaxat sufficiens est u t in.l. eum qui . §. prætor ff. de publiciana. Hæc autem bona fides potest durare non solum tempore traditionis, uerum, eti am dum petitur res, quo casu publiciana agere potest quis ut in.l.iij. eiusdem tituli. Si ergo deberet omnino probare eum, qui tradidit dominum non fuisse, quum pe tit, iam eo tempore non opinaretur ex iusta causa rem si bi traditam fuiße. Consequens igitur est, ut, quum in ædicto dicitur ex iusta causa rem traditam fuisse, intelligi debeat quo ad opinionem accipientis, siue durauerit traditionis tempore duntaxat, quod satis est, ut in alijs legibus à doctoribus declaratur, siue opinio illa tempo re petitionis remaneat. quod quidem & si neceßarium non sit, publicianæ tamen actioni seu uerbis ædicti nō re pugna: arg. l.iij. quod autem dicitur à non domino, illud intelligendum est quo ad ueritatem ipsam, de qua lex est semper certa, ut iam dixi, multa enim, prout na tura suadet, opinionem magis, quàm ueritatem, & ueri tatem magis, quàm opinionem respiciunt ut in.l.ij. §. sub conditione ff. pro emptore tradit Bartol. Et ex his cōstat faciillimè actorem in hac actione neq; ad dominium, neq; ad quasi dominium probandum adstringi de bere, neq; opus esse, ut probet eum, qui tradidit, dominum non fuiße. quoniam potius de præsumpto dominio agitur, cum actor sit in bona fide credens authorem rei dominum fuiße, quod, cum probare non intendat, publici

ana aget rei uendicatione. & hæc uera esse opinor, quan quam multi non animaduerterunt. ex his etiam infero contra eum, qui pro hærede se gerit, publicianam posse proponi. quoniam licet aduersus eum, qui uerus est domi nus, nō poßit, aduersus tamen eum, quem dominum esse intendo, proponi poterit. & nisi uere dominium ex par te rei probatum fuerit, ego obtinebo. ad reijciendam enī hanc actionem exceptio iusti dominij non falsi, aut præ sumpti obijcienda est. quod Papinianus in.l. penulti. de publiciana in rem actione tradidit. quicquid Zasius in contrarium adducat. tandem ex his reijcitur quædam difficultas, quam doctores magnifecerunt, quod uix pro babilem resolutionē potuerint inuenire. difficultas hæc est, utrum per ius pontificiū reiecta sit publiciana actio, nam uidetur reiecta. Si enim actor probaturus est á non domino rem accepisse, utiq; iam est argumento eum esse in mala fide. & consequenter res usucapi non poterit, tū quia possessione semel interrupta initium secundæ pos sessionis uitiosum erit ut in.l. si is qui. §. si quis. ff. de usu capion. tum quia iure pontificio quocunq; tempore super ueniat mala fides præscriptio impeditur ut in.c. ulti. uo luminis Gregoriani de præscriptionibus. consequens igitur est, quia res usucapi non potest, publicianam non competere argumen. l. eum qui. ff. de publiciana. idem dicendum erit in successore illius, qui mala fide aliena- uit ut in Authentic. malæ fidei. C. de præscriptionibus

longi temporis. per quem textum uidetur corrigi .l. eum qui. § *.ait prætor de publiciana.* Bartolus eo in loco *respondit usucapionem in illis casibus non procedere, publicianam tamen non cessare, quoniam satis est tempore traditionis bonam fidem adfuisse, ut late hic docet* Iason. Et hanc *opinionem communiter* Doctores *sequuntur, habentque pro comperto satis esse, si tempore uenditionis & traditionis bona fides adsit, quamuis tempore petitionis deficiat.* Item *mouentur lege eum qui.* § *. publiciana, ego multum dubito, an hoc uerum sit, nam primo uidetur esse contra æquitatem. ut prætores, qui ex bono & æquo procedunt actionem concesserint ei, qui se in mala fide constitutum non negat.* Secundo *est contra illam regulam satis uulgarem, eum posse agere publiciana, qui potest usucapere, quæ probatur ex lege, eum qui.&.l. traditionem.* Vbi *cū quæreretur, an publiciana agere possit is, qui mala fide emit, seu rem apprehendit, respondit* Iuris *consultus* Iulianus, *non posse, quia usucapere non poterit.* Hæc *quidem ratio generalis est, quæ locum habet, etiam si in mala fide sit, qui in iudicio experitur, & nouam possessionem uitiose adipiscitur argumento* l. Si is qui, § . Si *quis .ff. de usucapionib.* Tertio *hæc* Doctorum *opinio est contra .l. traditionem. in fine textus, ubi, cum antea dictum esset bonam fidem tempore contractus & traditionis ne-*

cessariam esse. subdit Iulianus, nec quisquam putet hoc nos existimare sufficere initio traditionis ignorasse rem alienam, ut quis possit publiciana experiri, sed oportere & tunc bonæ fidei emptorem esse, id est eum, qui experitur, de quo proxime loquutus fuit Iulianus. & ad hoc alludit Vlpianus in.l.iij. de publiciana. ubi ait, inquit, prætor, qui ex iusta causa petet, non solum igitur iustam causam habere emptor existimare debet tempore traditionis, sed etiam petitionis, ut suprà dixi, neque his obstat.l.eum qui. § . publiciana, ubi Doctores fundamentum suæ opinionis constituunt, quoniam ille. § . loquitur de dolo incidenter facto siue ante emptionem, siue postea, non autem de mala fide. nam etiam si dolus aliquis incidenter commissus sit, non propterea consequuens est, ut dicamus emptorem non esse in bona fide, quo ad dominij acquisitionem, seu usucapionem, quum contractus ualeat, ut traditur in.l. & eleganter .ff. de dolo. nã ille dolus qui non est causa principalis ipsius contractus, sed extra contractum uenit, nocere non solet quantum ad hoc, ut existimem me ex legitimo contractu à uero domino rem non accepisse. Cæterum de dolo commisso tenebor ad id, quod intererit dolum commissum non esse in uenditoris præiudicium, quod si dolus in ipsa uenditione fiat, ut quia sit causa contrahendi, tunc contractus ipso iure nullus erit, ut traditur in.l. & eleganter. consequenterq; experiri non poterit, qui iustam non ha

buit causam. & hæc ita declarando nihil obstabit huic meæ opinioni, quæ si uera est, apparet superiorem diffi cultatem melius & facilius hoc pacto resolui posse, ut dicamus eum, qui publicianam exercet, in bona fide esse, consequenterq; tam secundum regulas ciuiles, quàm pon tificias usucapere, & eam actionem exercere posse. successorem autem illius, qui mala fide possidens alienauit, tunc posse publiciana experiri, quum & usucapere seu præscribere possit ut in Authen. malæ fidei. C. de præscriptionibus longi temporis. Reliqua, quæ de publiciana actione tractantur, hic non examino, quoniam ab alijs rectè sunt excussa maxime à Bartolo in titulo de publiciana in rem actione.

Ad §. Rursus.

Quomodò libellus rescissoriæ actionis hic traditus defendatur, & quomodo restitutionis auxilium locum habeat. Cap. XIIII.

RESCISSORIA actio est, quam prætor ex æquitate accommodat ad rescindendum, quod secundum iuris stricti regulas effectum habuit. ueluti, si quum quis rei publicæ causa abesset, uel in hostium potestate esset rem eius, qui in ciuitate esset, usuceperit. nam eo casu permittebatur domino, si possessor rei publicæ causa abesse desierit, tunc intra annum rescissa usucapione eam petere, id est, ita petere, ut diceret possessorem usu non cepiße, quod usucepit, & ob id suam eße rem,

Vernm hinc nascitur eadem difficultas quo ad huius libelli formam, quam supra capite proximo Doctores mouent in libello publicianæ actionis. Sed quum eam eisdem rationibus, quas improbaui resoluant, quibus superiorem tollere conantur, Idcirco aliter dicendum puto & facillime, ut dicat actor rem, quam usucepit possessor secundum regulas ciuiles, non usucepisse secundum prætorias, quæ factæ sunt ad huiusmodi usucapionem rescindendam, similiter in titulo. ff. de acquirenda hæreditate dici potest, nam quum in eo tractetur de filijs suis, quibus ipso iure post mortem patris est acquisita hæreditas ut in l. in suis. ff. de liber. & posthum. tamen quia ex beneficio prætoris concessum est illis abstinere, qui antea neceßarij, nunc uoluntarij iudicantur, perinde atq; si hæreditatem patris non acquisierint, antequã se pro hæredibus gesserint, ut traditur in l. neceßarijs illius tituli, proptereaq; tam respectu suorum quàm extraneorũ positus est titulus de acquirenda hæreditate, qua si nondum sit acqusita, quamdiu hæreditatem non accep tant. quod autem dixi permitti actori intra annũ rescissa usucapione petere. nũc ita intelligendũ est secundũ cõmu nẽ doctorũ sententiã, ut iam ultra annũ poßit iudicis officiũ implorari, ut ipse usucapionẽ rescindat, sed intra quadrienniũ continuũ ut in. l. ul. C. de temp. in int. rest. eaq; rescissa intra annũ rescissorio iudicio agendum sit ut in. l. 1. ff. quib. ex cau. maior. in integrum restituantur.

idq; subtilem rationem habet, quoniam lex illa ultimã loquitur de restitutione, qua facta iam rescißoria actione agi potest, quæ ad rescindendũ seu restituendum nõ competit, sed ad consequendum id, quod rescissum est seu ob rescissionem actori competit. quod uero in principio dixi huiusmodi actionem ex æquitate introductã, id argumento est hanc actionem non concedi, quando etiam absente eo, qui usucapit, plene & perfecte domino consuli potest. ueluti, si per aliquos procuratores defenderetur ut in. l. item ait prætor, & Bartolus in. l. is qui reipubli. cau. ff. quib. ex caus. maior. in integ. nam sæpe contingit, ut nemo pluries uelit litigare, nisi quando omnino debitum suum consequi speret, aut eum quo cum litigaturus est, prius commonuerit, an cedere uelit, an contendere. post hoc autem remedium rescißorij iudicij introducta sunt alia remedia à Iustiniano in. l. ut perfectius C. de annali exceptione, per quam constitutionem remedium hoc semel introductum, & in regulas cõmunis iuris redactum nõ tollitur. quoniam, quod semel introductum est, non facilem recipit mutationem ut in l. diuus. ff. de in integrum restitutione. maxime cum nec per remedia illius constitutionis plenius consulatur quo ad litem omnino sopiendã, Sed quantũ ad hoc, ut actor si uelit, in poßessionẽ mittatur, & usucapionẽ interrũpat. Sed quid si inchoata sit bonæ fidei poßeßoris detentio ante absẽtiã, finita autẽ eo reuerso an restitutionis auxiliũ

locum habebit, ut totum absentiæ tempus subducatur. respondeo uarias esse Doctorum opiones, quidam enim subducendum eße arbitrantur moti authoritate.l. quod tempore. C. de restitu.militum.&.l.nec non.&.l. cum milites, ff. quibus ex causis maiores. alij uero ita demum restitutionis auxilium locum habere, si intra modicum tempus post reuersionem usucapio finiatur. motiq; sunt authoritate.l.ab hostibus. § Sed quod simpliciter eiusdem tituli, ubi est decisio expressa. Ibi enim Vlpianus restitutionis auxilium locum habere dixit, si post reuersionem intra illud tempus finita sit usucapio. in quo iusta ex causa fuit impeditus is, cuius res usucapiebatur, uel in hospitio conducendo, uel in sarcinulis componendis, uel in aduocato querendo, nam eo tempore excusandus est, si litem contestatus non fuit. quod si tempus habere potuit ad lieem contestandam imputandum est ei, qui restitutionem maluit expectare, quam iuris communis regulis uti, cum uideret tempus usucapionis adimpleri secus autem eßet, si cum negligens fuißet à principio, neq; litem contestaretur, finis temporis aduenerit, quo, cum potuisset agere rei poßessor, reipublicæ causa absuit. nam dominus non debuit uaticinari, aut præscire alterius discessum, qui tempus iuris communis respiciebat, ideoq; illius absentia, neq; prodesse usucapienti, neq; nocere rei domino debuit. at in priori casu cũ in præsentia domini finis usucapionis adueniat, neq; is

uelit agere, potius sua sibi negligentia nocere intelligitur, quàm alterius absentia. Et ita ipse hanc materiam intelligo. neq; his obstant leges in contrarium adductæ, quoniam ex dictis doctorum apparent responsiones, qua in re adeundi sunt Bartoli commentarij in. l. ab hostibus. §. sed quod simpliciter: quod si ante usucapionem completam uellet dominus de restitutione temporis absentiæ, & illius modici temporis, de quo suprà locutus sum, agere, utiq; posset ut in. l. ultim.. ff. de minoribus. Sed usucapione iam completa in absentia, uel intra illud modicum tempus, tunc annus ad restitutionem petendam concessus est ut in. l. prima ff. quibus ex cau. quoniam iam regulis iuris communis locus non est.

De natiuis, datiuis, & directis, seu utilibus, actionibus, & quòd resciſſoria actio datiua, & utilis sit. Cap. XV.

SED quoniam diximus resciſſoriam actionem à prætore ex æquitate acommodari, uidendum est, an hæc actio datiua sit censenda. & communiter receptum est datiuam esse, quoniam ex aliqua obligatione non nascitur, quod accommodandi uerbum in hoc. §. positum satis indicat. Sed an utilis? & respondeo utilem etiam posse appellari, quoniam amiſſo directo dominio ex usucapione completa, non poterit prætor directum dominium, sed utile trasnferre, quemadmodum nec hæredem facere potest, sed cum hæc dependeant ab illis

lex personis simpliciter praecipit aliquid fieri, secus tamen est, quando lex decidit ex aliqua causa actionem posse competere, & causa cognita ex ea condemnationē faciendam. nam, qui rei uendicatione conuenitur, nullo iure obligatus est. & ideo ante condemnationē alienata re contra eum agi non potest, ut dixi cap. vij. & ex his poterit ad omnia responderi, quae Fortunius contra cōmunem opinionem congerit. alia tamen ratione uidetur non posse datiuas actiones reperiri, nam, ut actio sit, requiritur saltem debitū praecedere, unde actio causam habeat, & originem, alioqui definitio actioni non ita conueniret, ut cum re definita cōuerteretur, quod dicendū non est arg. l. prim. ff. de dolo. neq; his obstat, quod quandoq; actionem dari dicatur, quoniam illud non est, quia causa non praecedat, unde oriatur, imo quia cognitione adhibita praetores seu iudices causam praecedere arbitrātur, ob quam aequū sit illam actionem concedere, et permittere. Vnde plerunq; cautū est, ut actio, quae ex aliquo facto seu cōtractu nasci dicitur, alio in loco dari dicatur, ut ex. l. naturalis. §. at cum do. ff. de pactis cognoscere licet. negandum itaq; non est actiones nasci, & descendere uel ex legitimis & ciuilibus causis, uel ex praetorijs arg. §. Sed istae. easq; à iudicibus concedi solitas fuisse, priusq̄ ederētur aduersario ut in. l. 1. & . ij. C. de for. act. fatēdū tamen est plerūq; praetores actiones multas uel contra uel praeter regulas iuris communis introduxisse, easq; nisi praecedēte causae cognitione cōcedere minim solitos

gnitione. indeq; factum est, ut prætores in ædictis per futurum tempus loquerentur, magis ut certiores facerent ciues, quod ius quaq; de re dicturi essent, quàm quod statim directo acquisitum esset ius ex illorum æditione, & promulgatione, ex legibus autem continuo & immedidiate ius nascitur, & acquiritur, adeo ut iudex plerunq; solum necesse habeat declarare ius iam acquisitum fuisse, unde, si aliquis petitione hæreditatis agit, petit se declarari hæredem ut in. l. licet minimam ff. de petitio. hæredit. Si bonorum poßessoria hæreditatis petitione, petit sibi à prætore bonorum possessionem decerni ut notatur in. l. ultim. C. qui admitti. nam sine prætoris decreto bonorum possessio non acquirebatur, ut eo in loco traditur. proptereaq; ius utile appellatur, quod ex bonorum poßessione prouenit, quia non immediate acquiritur, sed interposito prius prætoris decreto. ita & de actione rescissoria dici poterit, ut censeatur utilis, quia non antea ex iure aliquo nascitur, quàm prius prætor usucapionem rescindat. Appellabitur etiam datiua, quoniam contra regulas iuris communis à prætore ex æquitute conceditur causæ cognitione adhibita. idemq; de alijs actionibus prætorijs dici potest. & hæc sufficiant quo ad præsentem materiam, cæterum si latiorem de utilibus actionibus tractatum desideras, adeas Bartoli commentarios in. l. prim. ff. de a ctnib. & obligat.

rem alienare, maxīe si à creditore ex sentētia præsidis bona poßessa sint. Sed an hæc actio mere personalis est? quod fere omnes opinantur. an in rem scripta? quod Iason putauit. pro cōi opinione illud adducitur, quod hæc actio oriatur ex maleficio illo alienationis prohibitæ & in fraudem factæ. Vnde consequens uidetur, ut personalis sit argumen. §. omnium. Iason uero pro se adfert illud, ꝙ hæc actio poßeßorem sequatur quamuis ex fraude obligatum, nam ea est natura actionis in rem scriptæ, ut traditur in. §. omnium & infra in. §. quædam. Gometius hispanus hanc Iasonis rationem reijcit, quoniam in. l. 1. ff. si quid in fraudem patroni. §. hæc actio, in personam esse dicitur reuocatoria, neque obstare inquit, quod possessorem sequatur, quoniam ex hoc, inferendum non est in rem scriptam esse. nam & actio finium regundorum licet per rei uendicationem fiat, & poßessorem sequatur, in personam tamen esse dicitur ut in. l. ff. finium regundorum. idemque de familiæ herciscundæ, communi diuidundo iudicijs dici potest. Ego uero nec opinionem Gometij, quæ communis est, sequor, nec Iasonis rationem admitto, arbitrantis actionem, de qua loquitur hoc in loco Iustinianus, contra poßessorem obligatum semper competere. Considero enim in primis authorē uoluiße prius de actionib. in rē prætorijs loqui, deinde personalibus, ut ex ordine suo cōstat. Secūdo arbitror lōgā esse differētiā, utrū lata sñia

re poterunt, ita hic, cum bona ex ſententia præſidis poſ ſeſſa eſſe dicantur, & creditores in poßeßionem miſſi ſint, Si debitor clam alienauerit rem aliquam, quam penes ſe retinuerat fortaße, competet utiq; hæc actio reuocatoria contra quemcunq; poſſeſſorem, quamuis obligatus non ſit, puta ſi rem bona fide emit, nam & propter illam mißionem in bonorum poſſeßionem generalem acquiſitum eſt ius creditoribus in omnibus bonis, quemadmodum ſolemus dicere dominium in uniuerſalibus acquiri etiam illius rei, quæ tradita non eſt, ut notatur in .l. traditionibus. C. de pactis. & ex his conſtat actionẽ hanc realem poſſe appellari, quoniam ſequitur quẽcunq; poſſeſſorem etiam nullo iure obligatum, idq; in eo caſu, ſi ex ſententia præſidis bona poſſeſſa ſint, de quo hic loquitur Iuſtinianus, proptereaq; libellus ita concipi poteſt, ut uerba illius in perſonam aduerſarij non dirigantur, ſed in rem ipſam, ut capite yij. docui. quanuis non dubitem etiam in perſonam uerba libelli dirigi poſſe, ſed illud in conſequentiam uenire, ut de rei uendicatione dixi cap. yi. in actionibus uero uero in rem ſcriptis, quæ magis conceduntur, quoniam æquum ſit, ut poßeſſor mihi ante omnia rem reſtituat, quàm quod ullum ius in ipſa habeam, aliud eſſet. idem dicendum putarem, ſi reuocatoria agerem contra illum, qui ex titulo lucratiuo accepit rem, antequam ex aliqua ſententia ſeu alia de cauſa bona illius ſint mihi obligata. competet enim mihi actio

ea ratione, quia magis æquum est rem mihi creditori adiudicari, quam penes illum remanere, qui ex liberalitate accepit, & agit de lucro captando, quod & ea ratione introductũ est, ne dolus alienantis ex uoto suo effectum sortiatur. & tunc reuocatoriam actionem personalem in rem scriptam esse iudicarem secundum Iasonem, si autem ex titulo oneroso accepisset, mere personalem, ut communiter receptum est, nisi ex sententia præsidis bona possessa sint, tunc enim realis esset ut in hoc. §.

Ad. §. Item Seruiana.

Quæ differentia sit inter pignoratitiam, & hypothecariam, & utrum Seruiana competat ad res coloni partiarij, & an in quasi Seruiana probare debeat actor rem in dominio debitoris fuiße, & an Seruiana competat ad res inquilini, & de ratione. l. certi. C. locati. Cap. XVII.

SERVIANA autem experitur quis de rebus coloni, quæ pignoris iure pro mercedibus fundi ei tenentur. Proptereaq; realis censenda est, quoniam eius libellus ita concipitur, ut ad bona obligata dirigatur principaliter, nõ ad reũ conuentũ, & ideo personam poßessoris sequitur ut in. l. unica. C. de precario & Saluia. int. idem de quasi Seruiana dicendũ est, qua creditores pignora, hypothecas ue persequuntur, quod in eadem. l. probatur. & hæc actio alio nomine hypothecaria appella-

tur, differtq; à pignoratitia, quoniam pignoratia, siue directa siue contraria, quæ creditori competit, agit quis ad id, quod reus ex obligatione debet, et propterea in personam est actio ut in. l. ult. C. de distra. pignor. & ideo si quis æs pignori dederit, & affirmauit hoc aurum esse, quamuis æs pignori obligatum sit, quia in corpore consensum est, tenebitur tamen ob dolum suum pignoratitia contraria actione ut in. l. prim. ff. de pignor. action. quæ obligatio personam non egreditur. at cum quis pignus seu hypothecam persequitur quasi Seruiana, quia potius ad rem obligatam respicit, quàm ad personã conuentã, in rem agere censetur ut in. l. pignoris & ideo possessorem sequitur ut in. l. unica. C. de de precar. quamuis nullo iure obligatum, ut de rei uendicatione dicitur. Vnde non immerito huiusmodi actiones, quæ à prætore introductæ sunt, inter reales actiones annumeraui t author. Hypothecaria autem à quasi Seruiana differt, sicut genus à specie, nam illa ad id, quod conuentione tenetur nulla traditione facta, competit, hæc uero etiam ad id, quod in pignus traditum est, conuentionem autem sufficere, quamuis nudum sit pactum, prætor uoluit ut. l. si tibi. §. de pignore. ff. de pactis. Sed quamuis inter pignus & hypothecam differentia sit, quantum ad actionem hypothecariam nihil interesse inquit author. Nam qua de re inter creditorem & debitorem conuenit, ut sit pro debito obligata, utraque appella-

tione continetur. pignoris enim appellatio generalis est, eaq; significatio accipietur, quæ magis rei de qua agitur conueniat. & ita hæc declaranda esse arbitror, quæ ad generalem tam Seruianæ *quàm quasi* Seruianæ *declarationem attinent.*Sed *nunc ad alia, quæ specialiter his actionibus competunt, descendamus.* Quod *igitur dictum est* Seruianam *competere ad res coloni obligatas, an de eo colono tantum intelligetur, qui nummis colit. an etiam de partiario, ut est is, qui medietatem fructuū mercedis nomine tenetur soluere? ut in* Italia *fieri solitū est, & crebro calculo receptum, de eo tantum intelligitur proprie, qui nummis colit, quoniam is proprie conductor est. ut in. l. si merces. §. uis maior. ff. locati. ex similitudine tamen rationis ad partiarium extensionem fieri multis reclamantibus. ego uero etiam de partiario intelligi posse non dubito, tum quia is colonus proprie dicitur, tum etiam quia maiori aut saltem minori ratione idem in eo disponendum fuit. nam quo ad primum, cum colonus à colendo dicatur, tam proprie colonus erit is, qui nummis colit, quàm qui ob solutionem dimidiæ seu alterius partis fructuum, quod in ea lege, quā* Doctores *pro se adducunt, manifeste probatur. ait enim ibi* Caius, *uis maior non debet conductori damno esse, si plus quàm tolerabile est, læsi fuerint fructus, alioquin æquo animo ferre debet colonus, cui immodicum lucrum nō aufertur.* Apparet *autem de eo nos colono dicere,*

qui ad pecuniam numeratam cõduxit. alioquin colonus partiarius quasi iure societatis & damnũ & lucrum cũ domino fundi partitur. Ex his quidem uerbis facile intelligitur appellatione coloni uenire etiam partiarium, alioquin opus non fuisset Iurisconsulto illa exceptione uti, qua non immerito usus est. non enim illa ratio partiario conuenit, quæ illi, qui ad pecuniam numeratam, is enim si pecuniam promissam solueret, solus damnum pateretnr. at in partiario secus est, qui non tenetur nisi ad certam partem fructuum eorum, qui percepti sunt. quod si inspicias quare introductum sit à prætore, ut Seruiana competeret ad res in fundum illatas, tacite uel expressim iure pignoris obligatas certe respectu conductoris non fuit necessaria Seruiana actio. cum actio ex conducto seu locato quæ bonæ fidei est, sufficeret argume. §. actionum. & l. ij. in quibus caus. pig. tacit. contrahatur. Prætores autem actiones non solent introducere nisi deficientibus ciuilibus. arg. §. de constituta. Sed respectu partiarij quo cum conductionis contractus non fit proprie, neq; alterius generis, qui ad nominatum pertineat, nisi ad innominatum, eũdemq; stricti iuris, in quo id solum continebitur, quod expressim conuentum est, arg. l. quicquid adstringendæ. ff. de uerb. obliga. secus erit. in eo enim colono necessaria magis fuit hæc actio ad res coloni tacite pignori obligatas persequendas, ad quas nulla actio iure ciuili competijsset. Vnde dicamus

dium uxor uiro in prædium donauerit, quod uir pi- nori dedisset, diuortio facto mulier poßessionem. Prædij sui recuperare potest. neque pignoris nomine tenebitur, quamuis in bonis mariti fuerit tempore obligationis argumen.l. in rebus. Cod. de iure dotium, nisi quatenus debitrix mulier est. Finge itaque rem in bonis debitoris fuisse, quia ab illo bona fide poßidebantur, deinde ad uerum dominum rem peruenisse, poterit ne contra dominum agi, quamuis illa res in bonis debitoris fuerit.? certe nemo dicet, quia domino alterius factum præiudicare non debet. Quod si à principio res debitoris fuisset, etiam si postea dominium transtulisset, res quæ iure pignoris obligata est, tenebitur creditori. Et ex his uides Accursium defendi posse, quod si possessor dominus non est, tunc ille non poterit obijcere rem debitoris non fuisse, quoniam cũ in eius bonis fuerit, pro eo præsumetur, donec de domino constet. & is contradicat, petatque rem suam, alioquin is, qui aget, non erit repellendus, si probet rem in bonis debitoris fuisse, & ita intelligo. legem & quæ nondum. §. primo. ff. de pignoribus. Sed an contra inquilinum competat Seruiana? & non credo. quoniã author de colono tantũ mentionẽ facit. potest igitur q̃si Seruiana cõpetere. quoniã ad hypothecas siue expressas, siue tacitas illã cõpetere nõ negatur. & inter has differẽtia ẽ, q̃ res coloni ita demũ obligatur, si uolũtate

dominorum in fundum conductum illatæ sint, secus in inquilinis, contra quos, quasi Seruianam actionem com petere dixi. ratio est, quoniam cum rustici omnia palam habeant, quæ ad rem rusticam pertinent, uoluit lex, ut certæ essent illæ res, quæ pignori obligantur. ne uel co loni nimis grauarentur, uel quotidie de pignoribus quæ stio oriretur, in inquilinis uero secus, qui nolunt sua bo na aut suam partem publicare, et ideo grauantur in alio, ut quicquid illatum sit, obligetur.

De Saluiano interdicto, & conciliatione. l. 1. C. de præcario. & l. prim. ff. de Saluiano interdicto. Cap. XVIII.

EX his autem, quæ diximus, illa differentia inter Ser uianam, & quasi Seruianam constituitur, ut Serui ana ad res coloni siue tacite, siue expreßim iure pigno ris obligatas competat, quasi Seruiana uero, quæ ad ex emplum introducta est Seruianæ á Seruio inuentæ, ad o mnes alias res conuentione obligatas concedatur. Sed an alia actio est, quæ harum alteri effectu similis sit? & multi dubitarunt de Saluiano interdicto, adeo ut uix probabliem differentiam innenire se fateantur. Hanc igitur difficultatem nos examinemus, Cum huiusmodi quæstio superioribus coniuncta sit. & crebriori senten tia receptum est Saluianum interdictum posseßionem respicere, hypothecariam uero rem in bonis debitoris fuisse. & hoc est quod aliter dicitur Saluianum interdi-

ctum eße poßeßorium, hypothecariam autem ad petitorium pertinere. Sed contra hanc opinionem opponitur primo, quod ex hac differentia nullus effectus uideatur resultare. Finge enim Saluiano interdicto me aduersus conductorem experiri, ut rem pignori obligatam mihi exhibeat, & tradat, conductor quidem non poterit exceptionem opponere, si res in bonis debitoris non fuerit, quoniam turpitudinem suam opponeret argu. l. uendicantem. ff. de euictionibus. Secundo loco contra hanc differentiam est. l. Si cum uenditor eiusdem tituli, ubi inquit Papinianus actionem Seruianam, & si in rem sit actio, nudam possessionem auocare. Ex his itaq; uidetur Seruianum iudicium possessorium esse, & illud interdictum, aut superfluum esse, uerum, ut, quantum possumus, communes traditiones defendamus, considerandum in primis est Saluianum interdictum competere contra conductorem, debitorem ue ut in. l. prim. C. de Saluiano interdi. ex quo apparet hoc interdictum contra eum, qui obligatus non est, minime competere. quod non est in actione. ratio est, quoniam cum in rem ago non habeo respectum ad personam, an sit obligata, sed ad ius, quod habeo in re, & propterea possessorem, & si nullo iure obligatum sequuntur in Seruiano iudicio, & quasi Seruiano. nam in his principaliter agitur, ut iudex declaret ius habere actorem in re pignori data, & in consequentiam nudam rei possessionem restitui iubeat, quemadmodum

Ad. § .In parsonam·

Quæ sit ratio differentiæ, quod fideiußor non tenetur ex pacto nudo, secus autem sit in constituente, & alia nonnulla. Cap. XIX.

AVTHOR igitur de realibus actiotibus locutus in personam quoq; sunt actiones, inquit, ueluti, de constituta pecunia, de peculio seruorum, filiorumq; familias, item ex qua quæritur, an aliquis iuraue rit. quarum exempla singulatim explicat. Et primo ait de constituta cum omnibus agi, quicunq; uel pro se, uel pro alio soluturos se constituerint nulla scilicet stipulati one interposita. nam alioqui, si stipulanti promiserint, inre ciuili tenentur, Hinc oritur magna inter Doctores altercatio, quare introductũ sit, ut de cõstituta actio ex pacto nudo oriretur, ex fideiußione uero nequaq̃ nisi interueniente stipulatione, uariæq; rationes adducuntur. Accursij prima est, q, quia inductũ est in fauorẽ constitu entis, ne teneatur nisi elapsis decem diebus ut in. l. promiß sor. §. 1. ff. de constitu. pecu. quod quidem in alerius præ iudiciũ resultabat. in fauorem etiã eius cui cõstituitur, ex pacto nudo actionẽ nasci æquũ uisum fuerit legũlatoribus, cum sæpe fiat, eum, qui in aliqua re grauatur, in alia fauore affici ut in. l. eum qui. ff. de iure iurando. uerum hæc ratio à multis reprobatur, quoniã ædictum præ toris ante promulgatum fuit, quàm illi decem dies darentur, ut ex. l. promißor. §. pri. colligitur. Vnde adhuc

qui.ff.de fideiuss. Et ex his etiam tollitur, ratio Bartoli, qui in.l.yi. de pactis constitutum ideo actionem produ cere ait, quia est nominatus contractus, nam quare poti us constitutum pro nominato contractu habetur, quàm fideiussio? alij constitutum confirmatum à prætore cen suerunt, ut plura remedia iuris inuenirent. nam graue est ei, qui pro alio promittit, fidem fallere & in effectu nullam esse differentiam inter fideiussionem & constitu tum censuerunt. quod uerum non est. cum in multis iuris articulis differentiam lex constituat, quod statim ap parebit. Vnde, si hoc uerum esset fideiussio nudo pacto confecta uires haberet, quod contra leges est. ut igitur probabilis aliqua ratio adduci possit, adeundus est Bartolus in.l.hi qui accessionis, &, l. si ita. ff. de fideiussoribus, ubi hanc differentiam inter fideiubentem & constituentem tradit, ut ille accessorie obligetur, hic uero principali magis obligatione adstrictus magis esse cen seatur, hinc enim fit, ut quis pro se ipso constituat, non autem fideiubeat, nam duæ principales obligationes cõ currere possunt respectu eiusdem rei, & in eadem persona, ueluti, si aliquis ex empto, & stipulatu teneatur, arg.l.& an eadem. §. actiones ff. de exceptione rei iudi. Principalis tamen & accessoria eo modo non possent cõ currere, neq; enim quis pro se fideiubere potest ut in.l. xxij. §. quod si hic. ff. de fideiussori. & alijs in locis. hinc etiam est, quòd licet fideiussio in duriorem causam ad-

hiberi non possit ut in.l.hi qui accessionis, id est antequã principalis obligatio ueniret. secus tamen sit in constituto, nam & si citeriori die constituat quis se soluturum, inquit Paulus. *l.iiij.ff. de constituta pecuni. utiq; tenebitur. hinc præterea est, quod constitutum super alia re, quæ debita est, fieri possit ut in.l.prim. §. an possit.ff. de constitut.pec.* Fideiussio *non item, ut in.l.si ita.ff. de fideiussorib.* Iabolenus *tradidit. hinc fit, quod constitutũ durat obligatione principali perempta, quod* Vlpianus *in.l.item illa. §.prim.ff. de constitut, uisus est sentire, secus tamen est in fideiussione, ut* Bartolo *eo in loco placet. ex quibus omnibus apparet obligationem quæ ex constituto nascitur, magis tanquam principalem considerari posse, quàm quæ ex fideiußione oritur, nam in superiori casu, qui se debitorem constituit, uidetur se simul debitorem, tanquã correum statuere, si pro alio constituat, uel si pro se, denuo se debitorem facere, obligationemq; obligationi addere & coniungere, ita ut uideatur deliberatius & fortius se obligare, & propterea lex putaui sufficere, si ex nudo pacto promittat, dum modo animum habeat const tuendi ut in.l.prim. §. eum qui. ff. de constit. quo casu grauissimum censuit fidem fallere & grauius quàm in fideiussione, quàm acceßorie fieri interpretatur lex, & à principali dependere. nam, qui fideiubet, eo animo uidetur se obligare, si alter noluerit soluere, at constituens in persona sua obligationem prin*

cipaliter constituit, neq; quatenus ex natura contractus apparet, respicit ad eum casum, quo soluere reus principalis noluerit, imo ipse pro reo se debitorē constituit. durius autem agendum est cum constituente, si non soluat, quoniam suo uitio laborare uidetur, quam cum fideiussore, qui alieno laborat uitio arg. l. Sancimus. C. de fideiussor. & eorum, quæ tradit Bartolus in. l. si insulam in ultima oppositione primæ partis. ff. de uerb. ob. propter has itaq; rationes potuit fieri, ut cōstitutū iure prætorio cōfirmaretur, ut multi dixerūt, et actionē produceret, ac pro cōtractu nominato haberetur, ut uoluit Barto. quod autē in fideiussionibus fieri solitum erat, immutatū reliquerunt, quia non aderat par ratio, ut in constituto arg l. diuus. ff. de in integr. restitution. & quamuis æquum sit, ut quicunq; promissum etiam ex pacto nudo ad impleat, iniquum tamē esse lex putauit, ut compelli posset, cum plerunq; inconsiderate promittamus, quod credimus nos cōmode facturos, et cū fortasse, quod ex urbanitate promisit quis, id iā soluere non possit rerū statu mutato, & propterea factū est, ut ex pacto nudo regulariter actio nō nasceretur, sed cōscientiæ & arbitrio promissoris solutio relinqueretur. quādoq; tamē, imo plerūq; considerata rei qualitate & persona aliud obseruatur argumen. l. & eleganter. §. seruus. ff. de dolo. & l. quintus. ff. mād. ꝗ hic nō examino aliquādo l atius excussurus. Vtrum autem competat hæc ‹ct›o interposita stipulatione, opinor secundum ccmm unem sen-

tentiam non competere. nam cum hæc actio sit introducta iure prætorio præter regulas iuris communis & Iustinianus declaret, quando competere debeat, casus omissus relinquetur dispositioni iuris communis ut in. l. si extraneus. ff. de condictione ob causam. Secus esset, si generaliter dispositio facta esset, ut quando prætores uocant ad bonorum possessionem, tam filios suos quàm emancipatos argumento textus in principio de bonorum possession.

Ad. §. Actiones de peculio.

Quemadmodum intelligendum sit actionem de peculio personalem esse, & alia multa de hac actione. Cap. XX.

SECVNDVM exemplum ad actiones de peculio pertinet, quas ideo aduersus patrem, dominumue comparauit prætor, quia licet ex contractu filiorum seruorum ue ipso iure non teneantur, æquum tamen est peculio tenus, quod ueluti patrimonium est filiorum, filiarumq́;, item seruorum, condemnari eos. Vnde apparet hanc actionem personalem esse, quod & Vlpianus in. l. xxij. § ult. ff. de peculio uisus est comprobare. Si dominus, inquit, uel pater recuset de peculio actionem, non sit audiendus, sed cogendus est, quasi aliam quamuis personalem actionem suscipere. Sed in contrarium, quod realis sit actio, ex eo demonstrari uidetur, quoniam si nihil in peculio sit, dominus non tenetur, quod si obligatus esset,

utiq;

utiq; ad estimationem debiti teneretur soluendam. Sed quod non teneatur uoluit Vlpianus in. l. quæsitum de peculio. Secundo ad id pertinet. l. & ancillam. §. si seruus eiusdem tituli. ubi Caius Si seruus, inquit, alienatus sit, quamuis in eum, qui alienauit, intra annum de peculio actionem prætor polliceatur, tamen nihilominus, & in nouum dominum actio datur. Vlpianus etiam in. l. Si ex duobus. § .ultim. eiusdem tituli. Venditor, inquit, serui si cum peculio seruũ uendiderit, & tradiderit peculium, ne intra annum quidem de peculio conuenietur, neque enim hoc præcium serui peculium est, ut Neratius scripsit. Ex his igitur demonstratur, quod actio de peculio, potius rem, quám personam respicit, cessat enim actio aduersus eum, qui poßidebat peculio in alium translato, quod de natura personalium actionum minime est, obligatio enim, quæ ex illis nascitur, rem non sequitur, sed personæ adhæret, ut probatur. l. prim. §. si hæres. ff. ad Senatusconsultum Trebel. adde, quod in ea specie, Si dominus quo cum de peculio agitur, paratus sit rebus peculiaribus cædere, eum ex causa audiendum esse, scilicet, si sine dolo malo & frustratione id faciat, Africanus in. l. Sed postquam. ff. de. communi diuidundo respondit. id quod in realibus actionibus obseruatur. ut suprà capite. yij. tradidi. Verum ad hæc responderi potest, patrem uel dominum eatenus se uelle obligare uideri cum filio uel seruo, peculium concedunt, quatenus uires

peculij, sufficiunt, quam diu igitur in peculio nihil sit, obligatio cessabit, nisi pater uel dominus ex dolo aliquo res peculiares alienauerint. & quamuis ista actio peculium sequatur, erit tamen personalis nam in ea non agitur respectu alicuius iuris, quod est in re, sed ad dãdum, uel soluendum aliquid, quod ex obligatione aliqua debebatur, in quam efficaciter incidit, qui peculium habet, & litem contestatur. & quemadmodum dici solet debitorem interitu speciei, respectu cuius obligatus erat, liberari ut in. l. si ex legati. ff. de uerbor. obligat. Idem de debitore quantitatis respectu speciei, nam ea perempta extinguitur obligatio secundum ea, quae traduntur in. l. quod te. ff. si cert. pet. ita & de peculio dici potest, ut tam diu haec actio uires habeat, quãdiu aliquid sit in peculio, & tunc actor intendit aduersarium dare aliquid pro solutione aut facere oportere, quemadmodũ de personalibus dictum fuit cap. septimo. maxime, quia intelligere debet is, qui peculium possidet, si possideat, se satis facturum esse peculiaribus creditoribus, scilicet, si actionem non recusauerit argumen. l. sed postquam. ff. communi diuidund. Actio igitur de peculio ex aequitate praetoria introducta est, aequum enim fuit actionem contra eos, qui cõmodũ habent ex peculio, dari & eis competere, qui rerũ peculiariũ creditores sunt. alioquin cum detrimento alterius possent pecnlij possessores ac domini locupletiors fieri, quod dicendũ non est

ut in.l. natura,ff.de condic. indebiti. utrum autem natiua, an datiua sit appellanda hæc actio, ex his, quæ capite xy.diximus poterit constare. illas enim quæ præter regulas iuris cōis, & cum causæ cognitione concedebantur, quia dari uidebantur, datiuas appellaui, quæ uero ex certis regulis nascuntur, ita ut præcedere non debeat causæ cognitio, si ex sufficienti causa nascantur, natiuas posse eas appellari existimo, qualis erit actio de peculio. In his autem, quanto minus commorabitur, utilius erit, ne super inutilibus, &, quæ certis regulis fundata non sunt, insistamus. Sed an hæc actio stricti iuris est? quod Bartolns censuit, in. l. prima.ff. de peculio. quoniam licet in bonæ fidei contractibus ex mora usuræ debeantur, si pater ex persona filij teneatur, ipse quidem ex mora sua non tenebittur ad usuras approbante id Papiniano in. l. mora. §. in bonæ fidei .ff. de usuris. Circa hoc tamen aduertendum est, quod, cum hæc actio detur contra patrem, tanquam si filius esset, à cuius persona, & gestis obligatio, qua pater tenetur, formam accipere uidetur, qualem habuisset, si filius sui iuris fuißet, ideo fit, ne mora patris, sed ipsius filij noceat, quemadmodum dici solet, quod mora rei principalis fideiussori quoq; nocet, ut in .l.mora .ff. de uerborum obligationibus. Vlpianus tradidit. Et hac ratione poterit actio de peculio bonæ fidei censeri, si cum filio

bonæ fidei contractus gestus sit, & ita ego declaro. l. mora §. in bonæ fidei. an uero hic sermo de peculio sit actionis nomen, dubitatum est, & communiter receptum est, non esse, sed potius adiectionem seu qualitatem quandam, quæ inhæret contractui gesto cum filio, ex quo pater conuenitur. Si enim filius mandauerit quicquam, pater mandati de peculio tenebitur argumento eorum, quæ traduntur in. l. licet. §. idem scribit. ff. de peculio. ita solemus dicere fideiussionem esse qualitatem stipulationis seu adiectionem. Ego non absurdum putarem, si diceremus hunc sermonem de peculio nomen actionis eße, nam hæc actio, de peculio nominatur in hoc. §. quoniam ex eo sermone intelligitur, quo genere actionis contra patrem agatur, coniungendo simul contractum cum filio gestum, & sub hoc nomine continentur omnes causæ, ex quibus obligatus est filius, & ea adiecta, quæ interuenit, natura actionis specialiter consideratæ cognoscitur. Si ergo actiones de peculio in genere consideres, nõ poteris eas aliter appellare, quam de peculio, si in specie, coniungas & contractum seu causam, ex qua filius obligatur, & hunc sermonem de peculio, & illud erit nomen actionis. ita enim fecit Papinianus ut in. l. tertia. §. idem scribit. quod in fideiußione non ita necessariũ est, quoniam, qui ex stipulatu obligatus est siue ex causa fideiussionis, siue ex alia, natura & substantia actionis non mutatur. quod secus est in casu nostro. nam si sit

mandati actio, tantum ciuilis erit, & insolidum compe-
tet, & bonæ fidei erit quo ad factum seu moram eius, qui
conuenitur. Si uero sit de peculio, prætoria erit, & non
insolidum cõpetet. & ex mora eius, qui conuenitur, usu
ræ non debebuntur.

Ad. §. Item si quis postulante.

Quod actio prætoria locum habeat, etiam si ex-
tra iuditium re petita sit iuramentum delatum, & an iu
ramentum iure ciuili sit introductorium obliga-
tionis, explicataq;. l. Si pro eo. ff. de fideiuss.

Cap. XXI

TERTIVM exemplum actionnm in personam prætoriarum ad eam pertinet speciem, cum quis postulante aduersario iurauerit deberi sibi pecuniam, quam peteret, neque ei soluatur, nam eo casu iuste accõ modat ei prætor talem actionem, per quam non illud queritur, an ei pecunia debeatur, sed an iurauerit. necessarium autem uidetur secundum Doctores in iudicio iuramentum fieri, tunc enim pecunia peti censetur, cum in iudicio petitur ut in. l. amplius non petitum. ff rem ratam haberi. Sed in contrarium obstat, quoniam petendi uerbum generaliter accipitur ex propria significatione tam in iudicio quàm extra argum. l. si decem. ff. de uerbor. obliga. & eorum, quæ communiter traduntur de hoc uerbo in. l. uinum. ff. si cer. petat. ita in hoc loco dicendum arbitror propter iuramenti authoritatem, quæ

ubiq; & omni tempore magna & præcipua est. propter iuramentum enim cum Deus in testem uocetur tanquam actus confirmatorem, multi actus tam in iudicio quàm extra confirmantur, quos hic enumerare necesse nõ est. neq; his obstat. l. amplius non peti, loquitur enim de prætoria stipulatione, quam eo modo Labeo interpretatus est considerato effectu potius quàm uerborum sono. Cũ itaq; propter iuramentum in hoc casu actio nascatur, argumento esse uidetur, ut ex pacto iure iurando uallato actionem nasci fateamur, nam iuramentum efficit obligationem efficacem. quem articulum, quoniam controuersus à doctoribus est, hic breuiter excutiã, & sententiam meam exponam. Bartolus igitur in. l. si quis pro eo .ff. de fideiussorib. iuramentum non esse modum inducendæ obligationis censuit, nam eo in loco Paulus ait, si quis pro eo, qui libertus non esset, operas præstaturum se iurasset, fideiusserit, non tenebitur. ex quibus uerbis sequi Bartolus & alij arbitrati sunt, nullam ex iure iurando obligationem penitus nasci, nam si naturalis saltem orta esset, utiq; fideiussio ualuisset ut in. l. fideiussor. §. fideiussor. ff. de fideiussoribus. & huius Paulianæ sententiæ ratio illa est secundum doctores, nam iuramenti uerba in Deum diriguntur, unde licet obligatio quo ad Deum sit quæsita, non tamen quo ad eum, in cuius fauorem iuratur, ei enim promissio facta non est & hæc sunt, quæ à Doctoribus potissimum adducuntur

ad ostendendum ex iuramento obligationem non nasci, consequenterq; nec actionem. quod si omnia, tam quæ pro hac parte, quàm quæ in contrarium adferuntur, referre uellem, ab actionum tractatu longe recederem. & ideo in his, in quibus cardo huius quæstionis consistit, uersabor. Considero itaq; duos casus, primus est, cum uerba promissionis iuratæ in Deum diriguntur, uel in aliquẽ respectu cuius uon iuratur. alter est, cum uerba ad eum diriguntur, in cuius fauorem iuratur. & utroq; casu uerius puto actionem nasci. nam in primo inspecto iurepontificio hoc dubitationem non habet, in eo enim iuramẽtũ præcipitur obseruari, Si potest sine interitu animæ, ut in .c. pactũ de pactis in uolumine Bonifacij Pontificis, & ideo iure ciuili hoc obseruaretur, quia cum de peccato agitur, ius Pontificium sequimur. Sed & inspecto iure tantum ciuili crediderim esse idem dicendum. nam quo ad secundum casum dubitandum non est conuentionem ob iuramentum deliberatiore animo faciendi promißum fieri, obligationemq;, quæ inde nascitur, confirmari ex obligatione, qua Deo astrictus est, qui iurauit, quemadmodum in simili dici solet ex pacto nudo actionem nasci, quando in eo promissum est, quod iam authoritate legis debebatur argum. .l. legitima. ff. de pactis, & eorum, quæ ibi traduntur. Si igitur Deo obligatus sum, ut tibi soluam, cui etiam obligatus sum, geminata hæc obligatio

magnum effectum habebit, quemadmodum & dici solet constitutum, quod fit ab eo, qui iam naturaliter saltem obligatus est propter geminatam obligationem, efficaciam habere. adde quod pactum, si subest aliqua probabilis causa, actionem producit, arg. l. iuris gentium. §. sed cum nulla. ff. de pactis. hæc autem causa adeo à lege approbata est, ut sacramenta super contractibus inualidis apposita eos confirment ut in. l. sacramenta puberū. C. Si aduersus uenditionem & in glossa illius. iuramenta etiam ad solidandas pactiones, seu transactiones interponi solere non ambigitur. quin imo acriter punitur, qui pactiones iuramento confirmatas infregerit ut in. l. Si quis maior. C. de transactionibus. idq; ob iuris iurandi authoritatem, quæ rei iudicatæ authoritatem superat ut in. l. ij. ff. de iure iurando inquit Paulus. inde dicimus iureiurando aliquem obligari, & adstringi ut in. l. ulti. ff. de liberali causa causa, & l. ut iuris iurandi ff. de operis libertorū. nam quemadmodū iureiurando tollitur obligatio ut in. l. Stichū. §. naturalis. ff. de solutio. ita etiā eam induci iure iurando dici potest, ut contrariorum eadem sit disciplina arg. l. ultim. §. ultim. ff. de legat. iij. & hæc quo ad primum casum quod si iuramentum & promissio Deo tantum fiant, uel alij, quanquam in alterius fauorem iuratum est, eo etiam casu obligatio à lege inducetur propter quam compelli poßit iurans adimplere, quod Deo promisit, uel iudicis officio arg. l. quin

tus .ff. de annuis legatis,& .l.hæreditas.ff.de petitione hæreditatis,uel actione in factum,quæ orietur ex quadam obligatione a lege inducta arg. l.obligamur . ff.de actionib.& obligati. nam cum leges uelint iuramentum obseruari,ut ex prædictis apparet, actio utiq; competet arg.l.statuas. ff. de acquirendo rer.domi. eiq; competet, cuius intererit ut in.l.quintus.& .l.hæreditas.iuramentum enim obseruari ad ius publicum conseruandum pertinet ut in.l.prim.§.ius publicum.&.l.ueluti.ff.de iust. & iur.Ius autem publicum ualidius est,quàm priuatum ut in.l.neq;.§.iuri.ff. de regul.iur.hinc est quòd pro religione conseruanda actio à lege conceditur ut in.l. sũt personæ.ff.de religios.& sumptibus funerum. siue illud ex stricta ratione procedat, siue, ut in casu illius legis nonnulli subtiliter uoluerunt, ex æquitate inductum sit stricta ratione insuper habita, id est post posita & reiecta,nam summa est ratio,quæ pro religione facit,inquit ea lex. quocunq; itaq; modo intelligas illud consequens est,ut uel ex stricto iure,uel ex æquitate,quæ cum scripta est rigorem uincit ut in.l. placuit .C.de iudicijs, actio nascatur,quando agitur,ad religionẽ cõseruandã cumq; leges soleant iuris iurandi obligationem considerare,generaliter illud intelligendum est in utroq; casu, & eam esse obligationem interpretabimur, quæ & naturali & ciuili iure sit comfirmata,adeo ut sit iuris uinculum,quo necessitate astringimur alicuius rei soluendæ

gratia ut in principio supra de obligationib. alioquin si efficax non esset pro nulla haberetur huiusmodi obligatio argum .l. iuris gentium . §. Sed cum nulla .ff. de pactis, ubi ex pacto nudo nullam posse constitui obligationem dixit Vlpianus. *quia, quae ex eo prouenit, naturalis tantum est, non ciuilis. quod si efficax esset, actio nasceretur ut in eo . §. & in .l. licet . §. primo. .ff. de procuratoribu. & ex his, ut puto, satis defendi potest haec opinio in utroq; casu.* Reliquum *modo est respondere ad .l. si quis pro eo .ff. de fideiussoribus. pro cuius intellectu considero non illam esse rationem, quòd fideiussor non teneatur, quia iuramentum non introducat obligationem, sed quia nec ille, qui promisit operas etiam iure iurando apposito, tenetur, consequenterque fideiussio non ualebit.* Noluit *enim lex eum, qui operas promittit, teneri, si libertus non sit, sed liber ut in .l. ut iuris iurandi. & .l. hae operae. & .l. ij. ff. de operis libertorum & .l. penultima . ff. de obsequijs à libertis praestandis, quia igitur lex resistit, obligationi operarum officialium, fideiussio non habebit effectum. quamuis non dubitem esse operas alterius generis, quae fabriles uocantur, & hae à quocumque cuicunque promitti, & solui possunt ut in .l. operae. in dubio tamen appellatione operarum officiales intelligi saepe animaduerti uarijs in legibus ut in .l. xxyi. ff. de condictione indebiti. l. xxij. & xxiij.*

& .xxiiij .ff. de operis libertorum, & alijs in locis hoc reperietur .ratio autem quare solus libertus obligari poßit, & non ingenuus est, quia huiusmodi operæ quandam seruitutis speciem in se continent, quam nemo potest sibi imponere argum. eorum, quæ traduntur in. l. stipulationes non diuiduntur. ff. de uerbor. obligation. & in. l. Titio. §. iij. ff. de conditionib. & demonstrat. hæc autem in liberto tolerantur propter tantum beneficium á patrono acceptæ libertatis, & quia nondum perfecte liber est. & si obijcias fingendo hunc nõ esse libertũ, sed seruum, tunc alia ratione fideiussor non tenebitur ut in. l. si quis pro eo. §. 1. & si rursus diceres certũ eße seruum naturaliter saltem obligari ut in. l. si id quod. ff. de condictione indebiti, naturalem autem obligationem sufficere saltem post manunissionem, ad hoc respondeo inspiciendum esse tempus contractus arg. l. si filiusfamilias. ff. de uerb. obli. maxime quia iste seruus nec á domino nec á fideiussore post manumißionẽ conueniri posset ut in legibus tituli. C. an seruus pro suo facto. unde non inimerito fideiussor, qui accessorie promittit cõtemplatione obligationis serui, nõ tenebitur. secus eßet, si principaliter aliquis promitteret domino non se referendo ad obligationem serui ut in. l. & eleganter §. seruus. ff. de dolo. Habes itaq; ex omni latere defensum iuris consultum in. l. si quis pro eo. & hanc materiam sufficienter, ni fallor excussam & enucelatam, consequenterq; omnia exempla prætoriarum actionũ tam in rem

tauetur. Sed ita competit, ut, qui prius egerit, actionem occupet arg. l. Titius. ff. de uerbor. obligation. arg. l. si cui. ff. de uerbor. oblig. nam ante litem contestatam nemo locupletior dicitur. ut in. l. penultima. ff. de popularibus actionibus Accursius interpretatur. Lite uero cõtestata, quia ius actori iam acquisitum est ad pœnam consequendam, creditor proprie dici poterit. Sed his obstat, quod si ante litem motam nullus dicitur creditor, & nemini quidquam debetur, actio quidem competet nemini, ut enim competat, opus est iam quid deberi agere uolenti, ut ex actionis definitione constat. quod si actio non competit, non poterit agi, nemo enim sine actione experitur in iudicio, ut inquit Vlpianus in. l. si pupilli. §. ultim. ff. de negotijs gestis. Ad hoc respõderi posset ex his, quæ Doctores tradunt, & confitentur arg. l. Titius de uerb. oblig. quod scilicet quandoq; agere permissum sit ei, qui nullam habet actionem, sed lite contestata continuo habiturus est. Verum quia id ego admittere solitus non fui, neq; illud ex. l. Titius probari quandoq; animaduerti, ideo aliter respondeo, & dico tunc populo aliquid deberi, cum quis album corrupit. debetur autem hac lege, ut non omnibus popularibus in uniuersum soluatur, sed ei, qui prius egerit, & per litis contestationẽ actionẽ iam natã, & in confuso omnibus cõpetentẽ occupauit. Sibiq; omnino specialiter acquisiuit quemadmodũ de his dicitur, quibus alternatiue aliquid

promittitur, cuilibet enim actio competit, & cuilibet debetur. nam ut tradunt Doctores communiter, si duo alternatim promittantur, illa duo sunt in obligatione, & debentur, ut tradit Bartolus in.l.cum is. §.ultimo ff.de condictione indebiti, quamuis electio debitori competat. at in casu nostro electio non est rei, sed ei, qui prius egerit, actio competit, quemadmodum de duobus reis stipulandi dicimus ut in titulo de duobus reis credendi. multo ergo magis omnibus alternatiue deberi possumus affirmare. actionis itaq; definitio intelligenda est non solum de debito in una re permanenti, seu uni personæ tantum, uel pluribus efficaciter acquisito, ita ut uariabile non sit, uerum etiam de debito quodam incerto generaliter multis acquisito, ita ut non omnes illud consequantur, sed qui fuerit diligentior, & prius litem contestatus fuerit. & ex his reijcenda est quorundam opinio existimantium pœnam huius popularis actionis fisco, non actori deberi, nam nisi actori debitam dicamus, iam necesse est fateamur actorem non persequi, quod sibi debetur, quod actionis definitioni repugnat, adde quod si fisco pœna esset soluenda, nullus ex popularibus, cuius non interesset, actionem intenderet, & hæc actio quasi frustratoria redderetur saltem eo casu, quo actoris non interesset. sed uideamus an, qui contrariam partem sequuti sunt probabili aliqua ratione moueantur, & primum illorum argumen-

tumtale est. Nam in popularibus actionibus procurator constitui non potest ut in .l.licet ff. de procurator. nisi eius interesset, cuius nomine procurator constituitur argumento ab eadem lege sumpto, nam & is, cuius interest, in popularibus actionibus omnibus praefertur, ut inquit Vlpianus in.l.ij.de popularibus actionib. & hoc casu intelligenda est secundum illorum opinionem .l.si cui de uerborum.obligationibus. ut tunc creditor quis sit lite contestata, cum eius intersit. Secundum argumentum sumptum est ex. l.yij de popularibs actionibus. Paulus ibi eum, qui populares habet actiones, nõ esse intelligendum locupletiorem adserit. ergo istud argumento est ei nihil deberi. uerum hae rationes parum me mouent, quoniam ad secundum ex praedictis satis responsum est, fateor enim eos, qui habent populares actiones, non censeri locupletiores ante litem contestatam, ut Accursius interpretatur, quoniam locus est occupationi adeo ut in hoc casu, qui actionem habet, rem ipsam habere non uideatur, neq; locum habeat regula.l.qui actionem.ff.de reg. iur. sed lite contestata, & actione occupata locupletior censendus est, & creditor appellabitur, non enim poterit exceptione perpetua summoueri. arg.l.creditor. ff de uerbor. signific. & eo casu rem ipsam habere uidebitur. Et ex his apparet quod .l. si cui, loquatur de reo, cuius nõ interẽ, nã si iter esset, actionẽ firmiter habuisset arg.l.iij ff.de pop.act. &

consequenter creditor appellari potuisset. neq; his obstat. l. licet de procuratoribus, quoniam, nisi intersit eius cuius nomine procurator constituitur, ideo non admittitur procurator, quia nondum est ius firmum, & immutabile acquisitum. & ideo post litem contestatam procurator admitteretur, ut Bartolus ibi tradidit. & haec quo ad primnm exemplum. Secundum uero ad eam pertinet actionem, quae aduersus illum competit, qui patronum, uel parentem, & alias personas in ius uocat, de quibus in. l. iij. ff. de in ius uocando tractatur. Sed an ex rationis similitudine aedictum illud praetorium, quo prohibentur illae personae in ius uocari, extenditur ad illos, qui patris loco habentur? Et quidam existimarunt extendi, quoniam in poenalibus etiam dispositionibus ex similitudinis ratione licita est extensio arg,. l. his solis. . C. dereuocandis donationib. Alij contrarium censuerunt, quoniam paenales dispositiones stricto iure sunt interpretandae ut in. l. Si de interpretatione. ff. de poenis, alioquin nec presbyteris, nec constitutis in dignitate, nec aliis complures, qui patres uulgo appellantur, possent in ius uocare, quod per quàm durum uidetur. Ideo ego hanc opinionem libentius amplector, crediderimq; tunc priorem opinionem ueram fore, quum ageretur de extensione dispositionis à casu expresso ad omissum, & casus illi peccatum manifesta ratione inducerent. Exemplum sumi potest ex his, quae traduntur infra in. §. tripli, cum

pli, cum enim ibi pœna imponatur executoribus litium, maiorem ueræ æstimationis quantitatem libello conuentionis inserentibus, ut ad triplum puniantur, idem in aduocatis, tabellionibusq; eiusmodi delictum perpetrantibus dicendum esse Doctores communiter uoluerunt. idq; in se rationem habet, nam quamuis iudex arbitrariam pœnam possit imponere, ubi deest ordinaria ut in. l. prim. ff. de effractoribus. quid tamen melius poterit facere, quàm ad similitudinem legum arbitrari in casibus similibus, neq; tunc reis fauendum est, quibus imputandum est, quòd manifeste deliquerint. At in casu nostro secus est, quoniam quod patronus in ius uocari non possit absq; ueniæ impetratione hoc magis ad urbanitatem quandam, & ciuiles quosdam mores pertinet, quàm quod sit manifestum delictum, nisi à lege pro delicto haberetur, eum in ius uocare, nam ante legem delictum nõ erat. Vnde si aliquis alios quàm, qui in ædicto continentur in ius uocauerit, non erit puniendus, cum satis sit nihil contra præcepta facere, ex quibus resultet delictum nisi obseruentur. Tertium exemplum pertinet ad eum casum, quum quis agit aduersus eum, qui exemerit illum qui in ius uocaretur, cuius ue dolo alius exemerit. & hæc diuersa sunt, aliud enim est ui eximere, aliud dolo. & in his casibus inntroductæ sunt actiones à prætore, qua poterat contingere, ut mihi competeret actio temporaria, quæ finiretur tempore, antequam lis contesta-

retur, post litem autem contestatam iam actio perpetua batur, ut in.l.omnes. ff. de actionib. & obligation. uel si forte reus usucapionem rei meæ adimplesset ut in.l.ult. ff. de eo per quem fact. erit. Sed hæc dupliciter impugnari possunt, Primo quod illas actiones uana ratione motus prætor introduxerit, deinde quod iure Codicis Iustiniani inspecto, superfluæ sint hæ actiones. Primum probatur ex.l.constitutionibus.ff.de action. & obliga. ubi expressim cauetur, quod per solam conuentioem fit, ut actio temporaria in hæredem perpetuetur perinde, atq; si lis contestata esset, cum ergo iam actor in ius uocasset, consequens uidetur, quod actio tempore nō finiatur, neq; usucapio procedat quasi per conuentionē interrupta. Secundum probatur ex.l.sicut.&.l. cum notissimi.C. de præ. xxx. annorum. ibi cauetur per conuentionem fieri, ne actiones longo tempore præscribantur. Sed defendendo prætorium ædictum, respondetur ad.l. constitutionibus.ff.de actio. & oblig. quod ibi non perpertuatur actio ita, ut post tempus nauraliter sibi à lege præfixum extinguatur, sed quantum ad hoc, ut in hæredem possit competere per conuentionem quasi per litis contestationem, de tempore autem nihil, & hanc puto esse tutißimam responsionem, quicquid alij dicant. quo ad secundum respondetur illas leges, sicut, cum notißimi, non loqui de his temporarijs actionibus, ut in.l. sicut expressim deciditur.

Quæ ſint uere & naturaliter præiudiciales actiones Cap. XXIII.

SVNT & alterius generis actiones, quæ præiudiciales appellantur, quales ſunt, per quas quæritur. an aliquis liber uel libertus ſit, an ſeruus, uel de partu agnoſcendo, ex quibus una illa legitimam cauſam habet, cæteræ ex ipſius prætoris iurisdictione ſubſtantiam capiunt. Præiudiciales autem actiones tribus modis dicuntur ſecundum Bartolum in. l. fundum. ff. de exception. Primo modo dicitur actio præiudicialis, quia præiudicat, uel apta eſt præiudicare alijs cauſis ratione authoritatis, ob quam prius de ipſa tractatur, altero modo, quia ſententia lata in ea parit præiudicium in alia, & hæc præiudicia appellantur ut inquit Fabius Quintilianus. Tertio dicuntur in quibus agitur de ſtatu alicuius, & hæ ſunt illæ, de quibus hic tractatur. & cum iſtæ à natura ſemper hoc habeant, ut tractent de ſtatu alicuius, & præiudicio ſeu honore amittendo, aut conſeruando, ideo author præiudiciales has tres appellauit, non habito reſpectu ad alias, quæ quidem non à natura, ſed ex accidenti præiudiciales poſſunt eſſe, quia alijs cauſis præiudicant, naturalia autem, potius quàm accidentia ſolent inſpici ut in. l. qui habet. ff. de tutelis. & ita hæc intelligo quibusdã nouiſſime reclamantibus, qui aduerſus Bart. præiudiciales has actiones declarare

nituntur accidentia, potius quàm naturalia respicientes harum actionum. & hæc multarum legum argumentis possunt comprobari, in quibus uerbum præiudicare pro lædere seu nocere accipitur. Quod uero dictum est has actiones in rem esse uideri, id ea ratione est, quia in his actor non intendit aduersarium dare, aut facere oporte re, ut est de natura actionum in personam. Sed uerba hu ius actionis in rem petitam diriguntur, in qua ius habere actor intendit, uel libertatis, uel seruitutis, uel ius patro natus habere, uel aliquem esse, aut non esse filium Titij, ut est de natura realium actionum. nam & similiter, si uendico seruum, in quo me habere dominium intendo, actio in rem est, quamuis uerba in personam serui diri gantur, & propterea crediderim, cum dicit author præiudiciales actiones in rem esse uideri, uerbum illud uideri, non improprietatem, sed ueritatem significare. & hæc breuiter dixisse satis sit, in huius. §. interpretatione, alia enim diffusius à cæteris tractata sunt, quàm quòd in eis repetendis, & examinandis commorari utile fore existimem.

Ad. §. Sic itaq; discretis.

Quare odio furum inductum sit, ut ego possim ad dandum agere aduersus furem, qui rem meam subtraxit.

Cap. XXIIII.

SIC itaq; discretis actionibus tam ciuilibus, quàm prætorijs, ut quædam in rem sint, quædam in personam, per illas quidem intendamus nos ius aliquod in re de qua contenditur, habere, per iudicemq; declarari petamus. argumento eorum, quæ dicuntur in. l. licet minimam.. ff. de petitione hæredi. per personales autem aduersarium dare aut facere oportere affirmemus, facere inquam, id est, uel tradere rem, aut restituere, aut aliquem alium actum siue successiuum, siue momentaneum facere, dare, id est dominium transferre. His inquam iam excussis, & expositis certum est, inquit author, non posse actorem suam rem ita ab aliquo petere, si apparet eum dare oportere. nec enim, quod actoris est, id ei dari oportet, quia scilicet dari cuiquam id intelligitur, quod ita datur, ut eius fiat, nec res quæ iam actoris est, magis eius fieri potest. Plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, effectum est, ut extra pœnam dupli, aut quadrupli rei recipiendæ nomine hac actione teneantur, si appareat eos dare oportere, quamuis sit aduersus eos etiam hæc in rem actio, per quam rem suam quis esse petit. hinc nascitur magna difficultas. nam uidetur impossibile contra furem agere me, ut transferat dominium rei, cuius ego sum dominus, imo in hoc tribueretur ius furi, ut dominus esse diceretur, suiq; delicti pœna minueretur. Idciro non nulli uerbum dandi pro tradendo accipiunt, qua quidem expositio est contra au

thoris mentem, qui antea dationem accepit pro dominij trāslatione, & in hac significatione uerbo dādi accepto resultat quoddā ius singulare aduersus furē. quod si pro traditiōe acciperemus dationē, nihil singulariter inducẽretur. idq; manifeste cōtra authoris mentē est. neq; eorũ declaratio admittēda ē, q singulare eße dicũt saltē, ut uerbũ dare pro traditione accipiatur, quoniā in ōibus haberet locũ eiusmodi interpretatio, tũ quia, ut libellus actoris defēdatur, uerba etiā largo mō accipi possũt, ut tradũt Doctores inprincipio huius tituli, tũ etiā, quia uerbũ dādi in lata significatione, neq; impropria accipi potest, ut pluribus in locis cōstat, & tunc ad actorē pertineret declaratio uerborum libelli arg. l. si quis intentione. ff. de iudicijs. unde alij exponunt ita, ut licitum sit agi contra furem ad tradendum illa actione, per quam agi solet ad dandum, qualis est personalis, sed & hoc alienum est ab authoris mente, qui antea uisus est laborasse in significatione huius uerbi dandi interpretanda, & tandem odio furum, iureq; singulari inductum eße ait, ut aduersus illos ad dandum agi poßit. Vnde cum hæc uideatur esse exceptio illorum, quæ suprà dicta sunt, debet sub illis cōtineri saltem quo ad uerba, exceptio enim debet esse de regula arg. l. nam quod liquide. § ultimo. ff. de penu legata. alij dicunt odio furum inductum esse, ut condictione furtiua, qualis est hæc, de qua hic agitur, teneantur fures, nam illa infamiam irrogat, saltem facti. hoc mihi

minus placet, quoniam hic de infamia nulla fit mentio, neq; de condictione furtiua. solum ad uerbum dandi respicit author. quid ergo dicendum? ego huius articuli difficultatem ita resoluo, & dico in primis fatuum esse actorem, qui aduersus furem agit, ut rei dominium, quod non habet, transferat. Sed quemadmodum aduersus morosum re interempta agi potest ad dandum ut in.l.si seruum.§. ultim.ff. de uerboru. obligationib. ita etiam, si res perijt, & consequenter eius dominium extinctum est, officioque iudicis æstimatio rei dabitur actori. Vnde in hoc casu odio furum & morosi inductum est, ut rei interitu non liberentur, sed res adhuc condici possit ut in.l. inter stipulantem.§. penultim.ff. de uerborum.obligationib. regulariter tamen alij rei interitu liberentur, ut traditur in.l. quod te.ff. si cer. pet. siue personaliter sint obligati, siue rem actoris possideant. agi etiã poterit, ad dãdũ, si res furto subtracta, deterior facta sit, quoniã eadem esse nõ uidetur arg.l.iij.§.1..ff. cõmodati. & hæc optime declarãtur in.l.viij..ff. de cõd. furt. ait lex. in re furtiua cõdictio ipsorũ corporũ cõpetit. sed utrũ tã diu, q̃ diu extent? an uero & si desierint esse in rebus humanis? & siquidẽ obtulit fur, sine dubio nulla erit cõdictio, si non obtulit, durat condictio æstimatõis. corpus enĩ ipsũ præstari nõ potest. æstimatio itaq; ueritate inspecta condicitur. sed quoniã illa ex interpretatione iuris subrogatur

in locum rei peremptæ, ideo permittitur rem ipsam petere ut in.l. si seruum. §. ulti. Si ergo res est perempta ago ad dominium, quod interitu ipsius extinctum est ueritate inspecta, recuperandum, recuperari autem censetur æstimatione soluta. & ita Iustinianum defendo, & intelligo.

Ad. §. Appellamus.

Quomodo intelligendum sit eum, qui tenetur ad factum, compelli posse ad faciendum, tum multa notatu digna.

Cap. XXV.

ET ex his omnibus apparet aduersus fures agi posse, & actione personali, uel ad tradendum, uel ad dandum, quia ex furti delicto se obligarunt, & actione in rem, per quam rem suam quis eße petit. Primum quidem condictionis propriũ est, alterum uendicationis. & ideo hinc sumpta occasione subdit author. Appellamus autem in rem actiones, uendicationes, in personam uero actiones, quibus dare, aut facere oportere intenditur, condictiones. quod Vlpianus in.l. actionum. ff. de actionib. & obligat. comprobauit. Sed magna ex hoc loco oritur iuris quæstio, an qui promisit factum, cogi possit omnino facere, nam quod possit, ex uerbo illo oportere, uidetur ostendi, quod neceßitatem quandam significat. Sed quoniam multa obstant, ut ex Bartolo in.l. stipulationes non diuiduntur. ff. de uerbor. obligation. accepi,

quàm breuissime potero, quæstionem hanc examinabo. quod itaq; cogi non possit, sed liberetur præstando id, quod interest, fuit Tuberonis sententia, quam Vlpianus refert in. l. stipulationes non diuiduntur ff. de uerbor. ob. Existimabat enim Tubero, ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere. idq; Cel- in. l. si quis ab alio §. prim. ff. de re iudicata censuit. Si quis inquit promiserit prohibere, ne aliquod damnum patiatur stipulator, & faciat, ne quod ex ea re damnum habeat, stipulator facit, quod promisit, sin minus, quia non facit, quod promisit, in pecunia numerata condemnatur. Sicut euenit in omnibus faciendi obligationibus. ad hoc etiam pertinet, quod Iulianus in. l. in stipulationibus. §. operarum. ff. de uerbor. obligat. scripsit. nam si operas seruo communi libertus promiserit. Solutio inquit, eius obligationis expeditissima est, si malit libertus æstimationem soluere, aut si consentiant patroni, ut his communiter operæ edantur. Ex quibus apparet satis esse eum, qui facere quippiam promisit, si quod actoris interest, soluat. Nam si facere cogeretur, quædam quodammodo quasi seruitus induceretur arg. l. prim. & secundæ. ff. de libero homine exhibendo. quæ quidem admittenda non est. nam & Papinianus. l. lxx §. Titio. ff. de condition. & demonstrationib. non esse cautioni locum scripsit, per quam libertas infringatur. atqui hæc sunt potissima huius partis & opinionis fundamenta.

altera est Martini Fanensis opinio, quod qui facere promisit, ad factum omnino compelli possit, quemadmodum, & qui dare promisit ut in. l. ubi autem non apparet. §. ultim. ff. de uerbor. obligati. hancq; opinionem multarum legum authoritate corroborat, quas Bartol. in. l. stipulationes non diuiduntur. refert, Ideo nos non referemus, sed rationes pro Martino addemus. Prima ratio colligitnr ex hoc loco, cum dicit author actionem in personam esse, cum quis intendit aduersarium facere oportere. Nam uerbum oportere necessitatem quandam in se continet. Secunda ratio colligitur ab obligationis definitione, suprà enim in titulo de obligationibus ita definitur. est iuris uinculum, quo necessitate astringi alicuius rei soluendæ gratia. si ergo factum promisimus, ad promissum factum erimus obligati. Si obligati, consequens est, ut ad factum compelli poßimus. Tertia ratio colligiturex. l. quicquid astringendæ. ff. de uerbor. obligationib. ubi cautum est illud solum in obligationem uenire, quod uerbis expreßum est, non quod omissum. si ergo ad factum compelli non posset promissor, ad quid aliud compelleretur, si nihil aliud est in obligatione? Quarta ratio deprehenditur ex. l. ut fundus. ff communi diuidundo, ubi Iabolenus inquit potestatem iudicis non posse excedere ultra id, quod in iudicium deductum est. quid autem aliud deducetur quàm, quod promißum est, ad quod promissor est obligatus? Quinta ratio est hu-

iusmodi, probatio eius, quod interest, difficilis est, ut in. l. ult. ff. de prætorijs stipul. quæ quidem per coniecturas secundum rei personæ ue qualitatem facienda est. at ubi de re promissa constat, & illi adimplendæ locus esse potest, coniecturis frustra uteremur ut in. l. continuus. §. cum ita. ff. de uerbor. obligat. maxime cum stipulator id, quod ex affectione interest rem promissam fieri, amitteret, quod lex quandoq; non cõtemnit ut in. l. xxxvi. ff. de minor. xxv. annis Hermogenianus ait. quo fit plerunq; ut iuramentum affectionis in litem admittatur, quo etiã casu iudici permissum est detrahere ut in. l. in actionib9. ff. de in litem iuran. traditũ est. Ex his itaq; omnibus apparet inspiciendũ esse, quod contrahentes in contractu fieri uoluerunt arg. l. in conuentionalibus. ff. de uerb. ob. & ultra eorũ animũ licitum non esse progredi arg. l. nõ õis. ff. si cer. pe. & ita uidetur ꝙ Martini opinio ratiõib. legalib9 fundata sit. sed neq; his obstãt adducta in cõtrariũ, quoniã ad. l. stipulatiões. & l. si quis ab alio, respõderi potest, tunc pecuniã seu æstimationẽ eius quod interẽ, dari oportere, cum, quod fieri debuerat, factũ nõ est intra tẽpus debitũ, ita ut actoris iã nõ intersit fieri, quo casu æquũ est solui id, quod interfuisset rẽ factã, fuiße, uel si promisisti aliqdnõ fieri, nã q̃d factũ est, infectũ reddi nõ potest. necessariũ ergo est recurrere ad pecuniæ solutionẽ. ad. l. in stipulationib. respõdetur. ideo permitti liberto æstimationẽ soluere, nam, si patroni nõ consẽtiant ut his

communiter opera ædantur, nil commodius facere potest, quam æstimationem soluere, quæ diuidi potest, opera autem indidua est ut in.l.libertus .ff. de operis libertorum. neq; his obstat quod induceretur quædam quasi seruitus, si ad factum compelleretur, quoniam tunc illud haberet locum, cum eßet res perpetuo duratura arg .l. lxx. §. Titio. ff. de condition. & demonstration. ita ut ius libertatis infringi uideretur, sed ex factione alicuius rei promißa, quæ ad tempus expediri potest, non continuo seruitutem induci consequens est. Ex his itaq; opinio Martini defendi potest. Veruntamen articulum hunc altius considerando, quod & altera opinio defendi iure optimo possit, uidetur. in primis enim admittamus cogi posse ad faciendum aliquid, quæro, quo nam pacto hæc coactio fiat, an corporaliter? quod non est usq; quaq; uerũ, si nollet quis, nã quãuis excoriaretur, cõpelli non posset, quoniam facere quicquam dependet à uoluntate facientis, qua regit manus & membra ad faciendum. Voluntas autem omnino cogi non potest argumento eorum, quæ tradit Accursius in. l. cum proponas. C. de hæred. institu. quod si coactionem illam intelligamus, quæ fit imponendo pœnam in præsens, uel in futurum, nisi fiat promissum. quæ pœna imponenda sit. & crediderim eã pœnam imponi posse, quæ secundum rei naturam magis conueniens sit, exempli gratia, Si tu obligatus es ad tradendam rem, seu restituendam, uel dandam, & nolis

tradere, manu militari à te res extorquebitur ut in.l. qui restituere. ff. de rei uendicat. Item si hæres iussus sit à testatore monumentum facere, & paratus sit pecuniam dare reipublicæ ut ipsa faciat, non audietur, sed ipse cogetur hoc modo, ut nisi fecerit careat hæreditatis com modo ut in.l. fideicommissa. §. ultim. ff. de legat. iij. & & in nouella de hæredibus & Falcid. Item si sub conditione aliquis institutus sit, agnita bonorum possessione cogitur cauere ut in.l. Paulus. ff. de prætorijs stipulationib. ita ut nisi cauerit, hæreditate possit priuari ab ipso prætore, à quo possessio decreta est, aut in posses sionem bonorum missio fiet, Item in bonæ fidei iudicijs, si aliquis agat ad interponendam cautionem, ex iusta causa condemnatio fiet, ut caueat ut in.l. in õnibus. ff. de iudicijs. & si cauere nolit, in bonorum possessionem mis sio fiet, ut in titulo, quibus ex causis in possessionem eatur. Item cogetur quis omnino administrare ut in.l. I. . ff. de administratio. tutor, alioqui talis ei pœna imponetur, quæ sufficere uideatur ad cogendum illum, Item in stipulationibus prætorijs aut iudicialibus, in quibus prætoris, aut iudicis authoritas interponitur, ob illorum authoritatem strictius cogetur ad faciendum, quod promisit, ne quis iudices contemnere uideatur ut in.l. sed hæ. §. prætor. ff. de procuratoribus. idem esset, si aliquis ob delictum & uiolentiam aliquem obligauerit. nam cogetur acceptilationem facere ut in.l. si cum ex-

ceptione.§,sed si quis .ff.de eo quod metus causa, alioquin ob delictum suum tam diu punietur, quandiu acceptilationem non fecerit. Item si quis spreta nuntiatione noui operis ædificauerit, cogetur restituere, seu destruere, quod post nunciationem ædificauerit.l. stipulatio.§.nunc autem .ff.de operis noui nunciation. alioquin sumptibus suis destruetur, uel alia pœna sufficiens imponetur. Item si quis confiteatur se debere Stichum uel fundum, cogetur certum respondere ut in.l. certum.ff.de confeßis, captis pignoribus, uel mulcta indicta. multa alia exempla Martini Fanensis explicari poßunt, prout subiecta materia suadet. ita etiam, qui promittit facere insulam, cogetur hoc modo facere, ut nisi faciat, soluat id, quod interest actoris. Et hoc sufficere in huiusmodi stipulationibus uidetur, quia illæ inductæ sunt, ut quis consequatur, quod sua interest.l.stipulatio. .§.alteri.ff.de uerbor.obligat. nam & quemadmodum esset licitum actori, si non eßet facta insula, neq; iam sua inter esset fieri, agere ad id, quod interest factam fuiße. ut in.l.stipulationes non diuiduntur, ita etiam licitum reo, si forte magnum incommodum patiatur in ædificanda insula, liberari soluendo id, quod interest actoris, quamuis ipse intendat omnino insulam fieri. Ita etiam si pecuniam crediturum me tibi spopondi, non adiecta pœna, quamuis agas aduersus me, ut pecuniam tibi omnino credam, non poteris amplius consequi quàm quod in-

tereſt tua pecuniam creditam fuiſſe, nam quo ad pecuniam, quam ſtatim repetere poſſem, doli exceptione me defenderem argumen.l.dolo.ff.de doli exceptione. Item ſi promiſero pro centum aureis ſatisdare, & reum dedero in iſtam ſummam, Proculus ait ſemper in iſtam ſtipulationem id uenire, quod intereſſet ſtipulātis, quoniam non alia ratione interponitur quàm, ne ſtipulator damnum patiatur ut in.l. ſi quis, ff. de uerb. oblig. Denique ut finem faciamus, ſecundum rei naturam uarijs ac uarijs modis poterit coactio fieri, & ſatis dicitur quis eſſe obligatus ad factum, & neceſſitate aſtrictus, qui, niſi factum adimpleat, cogetur æſtimationem eius, quod intereſt, ſoluere. Vnde non immerito obligatio dicitur eſſe iuris uinculum, quo neceſſitate aſtringimur alicuius rei ſoloendæ cauſa, ſiue illa res ſit in obligatione, ſiue ſubrogetur in locum rei obligatæ. Et ex his poſſunt tolli omnes rationes, quas pro Martino adduximus, nam multoties ob neceſſitatem ſeu æquitatem à regulis iuris communis recedimus, & tutiorem uiam eligimus. Et hæc ſufficere arbitror, ut quis facile intelligat, quid ego in hac materià ſententiam.

Ad. §. Sequens.

De rei persequutorijs, & pœnalibus actionibus, & quomodo cognoscantur.

Cap. XXVI.

ALIA est actionum diuisio, quòd quædam rei, quædam pœnæ persequendæ gratia comparatæ sunt, quædam mixtæ sunt. Et hæc diuisio, tam ad ciuiles, quàm ad prætorias pertinet. Quanquam autem, qui pœnàm persequitur, rem persequitur, cum rei appellatio generalis sit ut in. l. rei appellatio.. ff. de uerbor. signi. Ex speciali tamen significatione illæ duntaxat actiones rei persecutoriæ censendæ sunt, quæ ad pœnam non competunt. Atq; ita communis prudentum ac iurisconsultorum usus obtinuit, quem maxime sequi debemus, ab eo enim uocabulorum proprietates & naturæ originem accipiunt arg. l. ultim. ff. de suppellectile leg. inde fit plerunq;, ut rei appellatione pecuniam non significemus ut in. l. naturalis. §. prim. . ff. de præscrip. uer. nec argento legato nummi argentei comprehendantur, quod Vlpianus in. l. xxix. §. prim. ff. de auro & argen. legat. censuit. Adoptionis etiam uerbum quamuis generale sit, & arrogationem contineat, specialiter tamen sumpta non item ut in. l. ij. ff. de adoptionibus. Hinc dicimus generale uerbum plerumq; non compræhendere, quæ specialiter excepta sunt. argum. l. doli clausula. ff. de uerbor. obligation. ita & de rei persecutorijs dicendum,

dum, ut pœnales non contineat, quoniam hæ specialiter exceptæ sunt tanquam ab illis diuersæ. Pœnalium autem actionum tres species á doctoribus constitutæ sunt. aliquando enim actor petit á reo, cum actori nihil abest, & reo adest, ut si calumniandi causa reus ab aliquo pecuniam acceperit, nam in quadruplum condemnbitur ei, aduersus quem litigaturus erat, ut apparet in titulo de calumniator. aliquando neq; actori abest, neq; reo adest ex facto, ex quo se obligauit, ut si res furto subtracta recuperata sit, & condictione furtiua, & deinde furti agatur, uel ad duplum, uel ad quadruplum. aliquando & reo, & actori abest, quod petitur, ut si me de fundo ui deiecisti, & in expulsione res meæ amißæ sunt, nam hoc casu agam aduersus te ad res illas, seu earum æstimationem, quamuis ad te non peruenerint, ut cauetur in. l. prim. ff. de ui & ui armata, breuior tamen harum pœnalium actionum fieri poßet declaratio, ut rei persecutorias appellemus, quando per eas persequimur, quod ex patrimonio nobis abest, siue quia damnum illatum, siue quia lucrum impeditum fuerit in his, qui negociari soliti sunt argum. l. in honorarijs. ff. de action. & obligat. &. l. iij. §. in hanc. ff. de eo quod certo loc. ad id enim, quod eo modo actoris intersit, actio competet ultra annum, quod de natura rei persecutoriarum est ut in. l. in honorarijs, ceteras actiones pœnales appellarim. Vnde, ut rei persecutorias uel pœnales cognosca-

camus, actoris personam intueri debemus, respectu cuius actiones metimur arg. l. prim. ff. si pars hæreditat. petat. non igitur persona rei inspicienda est, prout Doctores uoluerunt. Regulariter itaq; ad id, quod mea interest, ut supra declaraui, actio mihi competēs post annum durabit, quamuis aliquæ intra annum duntaxat locum habeant, ut traditur in l. prim. de ui & ui armata, arg. l. in honorarijs. Et hæc sufficiant quo ad huius. § interpretationem.

Ad § . Rei persequendæ.

Quare ex mutuo & stipulatione certa, certi condictio duntaxat nascatur, & an hæc duplex sit, nonnulla etiam de illa quæstione, utrum nomen actionis sit exprimendum in libello.

Cap. XXII.

REI autem persecutoriæ sunt omnes in rem actiones, earum uero, quæ in personā sunt, fere omnes rei persecutoriæ sunt, quæ ex contractu nascuntur, ueluti ex mutuo, stipulatu, commodato, deposito, mandato, societate, emptione, uenditione, locatione, conductione, nam & in his casibus ius acquisitum est contrahentibus uel ad rem uel pecuniam. & ideo persequi in his censebimur, quod ob ius quæsitum debetur, ita ut ex patrimonio nobis abesse uideatur. Non fuißet autem alie-

num à proposito multa, quæ singulatim in contractibus enumeratis, de quibus author meminit, nos ultra alios excogitauimus, hoc in loco tractare, nisi animus esset ea in alium magis proprium locum transferre, cum erimus hoc onere subleuati. ideo nunc, quia de actionibus ea tractamus, quæ difficilia sunt, & ab alijs iudicio nostro non perfecte discussa, de actionibus illis tractabimus, quæ ex mutuo, stipulatu, & emptione descendunt. Actionem itaq; ex mutuo descendentem duplicem Doctores esse censuerunt, nempe certi condictionem generalem, & specialem, idq; in.l.certi condictio.ff. si certum petat.tradiderunt. Generalem autem eam esse dixerunt, quæ ex omni causa nascitur. Sepcialem, quæ intra causam & terminos mutui continetur. Et priori casu secundum Bart. dictio certum, proprie pro eo, quod certũ est, in secundo uero, pro mutuo accipietur, prout Vlpia. in.l.prim.ff. de condictione triticar. uisus est sentire. ait enim Vlpian. qui certam pecuniam numeratã petit, illa actione utitur, si certum petatur. quod quidem secundũ aliquos nomen est actionis mutui, & certum ibi pro mutuo accipitur, non generaliter, quoniã in alijs casibus ubi certum petitur, alia actione utendũ esse Vlpian. inquit, quæ condictio triticaria appellatur. & hoc modo intellecta illa lex opinionẽ Bart. tuetur, & aliorum sequacium. & hinc apparet, diuersis modis concipi libellum certi condictionis generalis, & specialis, illius enim cau

sa est hæc, quia certum sit, quod petitur, huius uero quia mutuum factum fuerit, & hæc est, de qua loquitur, Iustinianus suprà quib. mod. re cont. oblig. quam ex contractu mutui nasci, alioqui absurdum fore inquiunt doctores, si quemadmodum ex alijs contractibus speciales nascuntur actiones, ex mutuo, qui est frequentissimus contractus, non nasceretur quædam specialis actio. hæc sunt huius opinionis potissima fundamenta. alij aliter dixerunt, nempe unam esse certi condictionem generalem, restringi tamen secundum causas, ex quibus competit. pro cuius confirmatione multa adducuntur partim friuola, partim probabilia. Ego, quid sentiam, electis melioribus rationibus breuiter dicam. In primis ergo considero, quare potius legum latores seu iuris ciuilis authores uoluerũt ex mutuo & stipulatu, si certa est stipulatio, non aliam actionem nasci, quàm certi condictionem, quæ communis est omnibus causis, ex quibus certum petitur ut in. l. certi condictio. ff. si certum pet. & aliam rationem non inuenio, nisi ut dicamus, hos contractus stricti iuris esse in quibus non uenit nisi id, quod expressum est, argum. l. quicquid astringendæ. de uerb. obligationib. & ideo ueteres illi certi condictionem sufficere putarunt, noluerunq; uarias actiones frustra introducere. argum. l. ij. C. de constitut. pecun. At in contractibus bonæ fidei, ut in commodato, deposito, emptione, uenditione, & similibus, cum multa alia ueniant ex

natura eorum, quamuis expressa non sint argu. eorum, quæ traduntur in. §. actionum huius tituli, necessarium fuit quasdam species introducere actiones, in quibus omne illud continetur, quod de natura contractuum esset, ne si certum repeteretur, iudex ultra petitũ excedere nõ poßet arg. l. ut fundus. ff. cõmuni diuidundo. quod si quis uellet ad certum debitum ex his contractibus certi condictione agere, utiq; poterit ut in. l. certi cõdictio, sibiq; imputabitur, si aliud quàm, quod petierit, non cõsequetur in illa saltem instantia, cum poterat actionem specialem proponere, in qua omne debitum continetur. Redeundo igitur ad propositum cum hæc certi condictio in mutuo & stipulatione certa sufficiat, quid opus est imaginari duplicem certi condictionem generalem & specialẽ? Nam, & si generalis sit in intellectu quodammodo considerata, ad exercitium tamen redacta, necesse est, habeat causam specialem, ex qua iudici constet, quæ sit ratio petendi. Si igitur mutuasti, propones certi condictionem, causam autem hanc exprimes, quia mutuo dedisti, non autem, quia certum est, quod petitur, prout Bartolus censuit, quoniam hoc ridiculum est & puerile, si enim peto centum certi condictione, quis ignorat certam esse petitionem? opus est ergo aliam causam exprimere petitionis, nempe quia mutuasti, idem de stipulatione. & ex his responderi potest ad illud absurdum, quod doctores eliciebant, si ex contractu mutui

actio specialis non nasceretur, quoniam id optima ratione factum est, imo eorum consideratio in ipsos potius retorquetur: namq; si ad id respexissent ueteres, specialia nomina actionum mutuo & stipulationi tribuissent, nempe ex mutuo, ex stipulatu, quemadmodum ex empto, ex locato, ex uendito, ex conducto. neque his obstat lex prima. ff. de condictione triticar. quoniam ibi Vlpianus non negat, quin competat certi condictio, ubi triticaria condictio competit. eßet enim contra. l. certi condictio, sed differentiam facit, ubi pecunia numerata est, & ubi res aliæ mutuo datæ sunt, uel debentur. quoniam in priori casu solum certi condictio competit, in posteriori, quia res debitæ poßunt æstimari ut in. l. si ita. ff. de fideiussoribus potest agi ad æstimationem illorum, quæ non tam certa est, quin taxatione opus sit, & tunc triticaria condictio competit. & ita ego intelligo. l. prim. de condic. triticar. quæ declaratio ex alijs legibus illius tituli comprobatur: Illa autem uerba, si certum petatur, tam generaliter accipienda sunt, quam ipsa certi condictio. ponunturq; ibi ab Vlpiano ut denotaret illa uerba in certi condictionis libello poni solere, plerumq; enim dispositio aliqua nomen accipit, à uerbis, per quæ concipitur, maxime à primis, unde incipit. Ita enim appellamus interdictum unde ui, uti poßidetis, utrobi, quod ui aut clam, inde fit, ut leges citatæ ab interpretibus nominentur à primis uerbis legis, ut

ut cum citamus.l.lecta,l.singularia, & sic de alijs. idem & in libellis actionum & exceptionum obseruatum est, ut in.l. prima. de condic. triticaria. & suprà in. §. sic itaque discretis, pluribusq; alijs in locis, quos superfluum esset enumerare. Ex hisq; illud habemas declaratum, quare ex mutuo & stipulatione certa certi condictio oriatur, quod in priincipio de obligat. quæ re contrahuntur. & de uerborum obligationibus supra traditum extat, & efficacius in.l. si quis certum. ff. si cert. petat. Verum si aliquando stipulatione certa interposita ex stipulatu agi dicatur, illud non de nomine actionis, sed de contractu, unde oritur actio, intelligendum lest argument eorum, quæ dicuntur in.l. prim . C. de dolo. sed mirum est, quare ueteres illi tam stricto iure ad has uanas potius subtilitates, quàm rationem habentes respexerunt, si enim ex narratione facti colligi potest, & constare iudici, quid gestum fuerit, & quid petatur, quid magis refert an agam ex stipulatu, quia centum promisisti, an certi condictionem intendam? Verum ad hoc respondere potest, non tam hoc in omnibus subtile ac uanum uideri, quin aliquando, imo plerunque necessarium sit; quid enim si pecuniam credere mihi spopondisti? Vtique, si agam certi condictione ad illam pecuniam, reijciar exceptione doli mali, ut dixi suprà capite XXV. quod si ex stipulatu agam, condemnatio saltem fiet ad id, quod in-

tereſt ut in.l. ſi pœnam .ff. uerbor. obligationib. iure itaq; ciuili propter uarietatem caſuum, in quibus neceſſarium erat nomen actionis, factum eſt ut in omnibus apponeretur, ne opus eſſet litigare, an facti narratio ſufficeret, ut iudici conſtaret, quod peteretur. poſtea uero iure pontificio ut in . c. dilecti de iudicijs uolumiue Gregoriano uel ciuili ut in.l.ij. C. de formulis actionum ſublatis, permiſſum eſt agere abſq; actionis nomine, dummodo libellus apte proponatur adeo ut ſecundum Bartolum etiam ſi nomen ineptum proponeretur, libellus defendendus ſit, ut traditur in.l. pri. ff. de ædendo. Sed ſi narratio facti dubia eſſet, & diuerſis actionibus diuerſum effectum habentibus conueniret, tunc ineptum actionis libellum uitiaret. Exem pluuu ſumi poteſt ex.l. prim. ff. ſi menſor falſum dixerit, nam licet in dubio cum menſore locatio fieri non præſumatur, fieri tamen poteſt. Si igitur ago contra menſorem ex locato, ſi locationem non probem, menſor in illa inſtantia condemnabitur. nam actio ex locato bonæ fidei eſt. Actio uero in factum, quæ ſolet cōtra menſorē competere, ſtricti iuris eſt, & uarie in ea proceditur. Opus igitur erit aliam ædere actionem in alia inſtantia ut in. c. examinata de iudicijs uolumine Gregoriano. & ita hæc intelligo, à quo nec Doctores diſcrepant communiter, ſi bene intelligantur.

An actio ex empto ad tradendum omnino competat, tum aliquot leges non inutiliter explicatæ. Cap. XXVIII.

SVPEREST iam, ut de actione ex empto uerba faciamus. eam quidam ad id, quod emptoris interest, solum competere censuerunt, quidam ad tradendum omnino. communiter tamen receptum est, ut si uenditor dominus sit rei uenditæ, & illam habeat, cogatur omnino præstare. Sin minus liberetur soluendo id, quod interest. Excutiamus itaq; has opiniones, ut deinde facile uidere possimus, quid tenendum sit. Pro prima opinione adducitur primo, quod uenditor ad factum teneatur ut in.l. ex empto .ff. de actionib. empti. eum autem, qui ad factum tenerur, liberari soluendo, quod interest ut in.l. stipulationes non diuiduntur.ff. de uerbor. obligat. Ad hoc argumentum pertinet .l. ultim .ff. de condict. causa dat. & .l. si ita distrahatur. ff. de contrahend. emption. & .l. si stipulatus .ff. de usuris. quibus in legibus id uidetur demonstrari, quod uenditor non teneatur rei uenditæ dominium transferre, quin imo, si conuentum fuißet de eo transferendo, emptio non esset, neq; alia obligatio esset, quam ob rem dati re non secuta, ut inquit Celsus in ea specie, cum dedi tibi pecuniam, ut Stichum mihi dares. eo etiam pertinet .l. si iactum .ff. de action. empti. ubi Celsus, si iactum. inquit, retis emero, & rete iactare

piscator noluerit, incertum huius rei æstimandum est. Sed si quod extraxerit piscium, reddere mihi noluerit, id æstimari debet, quod extraxit. & hæc sunt in effectu, quæ pro hac parte adducuntur, quibus additur pro principali huius sententiæ fundamento uulgatissima .l. prim. ff. de action. dmpti, ubi Vlpianus ait, si res empta non tradatur in id, quod interest, agitur. quod tamen & ad tradendum & dominium transferendum teneatur uenditor, uidetur in primis illud comprobari ex lege ex empto. ff. de action. empti. Vbi Vlpian rem uenditam præstari oportere tradidit, uerbum enim oportere necessitatem quandam significat. Adfertur etiam. l. cum manu sata. §. ultim. ff. de contrahend. emption. ubi Labeo, Nemo, inquit, potest uideri eam rem uendidisse, de cuius dominio id agitur, ne ad emptorem transeat, sed hoc aut locatio est, aut aliud genus contractus. Ex quo elicitur de natura uenditionis esse, ut per eam dominium rei uenditæ transferatur, ideo enim fieri, ut uenditor de euictione teneatur. & hanc opinionem maxime tuetur. l. si quis alienam. ff. de action. empti. ait lex. Si quis alienam rem uendiderit, & medio tempore hæres domino rei extiterit, cogetur implere uenditionem, id est tradere rem, consequenterq; dominium transferre. & hæc sunt huius opinionis præcipuæ defensiones. Doctores tamen, ut ambas partes conciliarent, ita distinxerunt, ut si uenditor non sit dominus, liberet ur

soluendo id, quod interest. & hoc casu procedat prior opinio. Sin autem dominus sit, compellatur implere uenditionem, & rem tradere. & ita intelligatur posterior sententia. mihi hæc distinctio omnino tuta non uidetur, refragatur enim. l. ex empto. Vbi Vlpianus dixit uenditorem præstare oportere rem uenditam, siue dominus sit, siue non sit dominus. ei etiam refragatur, quod dixi suprà capite V. Si enim est obligatus ad rem tradendam, quare non compelletur ad id, quod debet, soluendum, maxime cum possit res illa manu militari extorqueri. argum. l. qui restituere. ff. de rei uendicatione. Quod si de domino rei constaret, uenditor necessariò domino suam rem restituere teneretur, alioqui furtum committeret, ut suprà de Vsucapionibus. §. furtiuæ, tuncq; ego admitterem priorem opinionem. alioqui secundam amplecterer, ueruntamen pro resolutione huius quæstionis, plura addenda sunt; quæ iudicio meo discußione indigent, dico ergo ultra hæc, quod emptor potest agere ad tradendum, Si uenditor poßit iuste tradere, quod si mora facta sit, & forte res deterior facta est, uel alia ratione emptor malit ad id, quod interest agere, utiq; poterit. ut in. l. 1. ff. de actio. em. ubi nō negatur, quin ad tradendū agere poßit, quod si res tradatur, hic effectus resultabit, ut emptor non possit agere aduersus uenditorem, ut dominiū transferat, si constiterit alium esse dominum. satis enim est ipsum de euictione te

neri,quod in stipulatione non ita est,nam continuo agi poterit ad dominij translationem ut in.l. ubi autem. §. ultimo.ff.de uerbor.obligat.& in.l. si ita distrahatur. de contrahen. emption. poterit etiam stipulator agere, ut sibi de euictione caueatur,si hoc malit ut in.l. Iulia*nus.. § .prim.derbor. obligation. neq; his obstat.l. si iactum, quoniam illud fatendum est, piscatarem cogi non posse ad rete iactandum,id enim merum factum est. neq; aliter cogi posset commode,q̃ sub pœna soluẽdi id, quod interest, ut capite xxy. tradidi, quod si extracti sint, quoniam hi facile corrumpuntur, & uero similius est emptorem agere uelle ad id, quod interest, ideo lex de traditione faciẽda nihil locuta est,ad eam tamen agi posse non negauit. his præterea non obstat .l.ultim. de condictione ob causam,quoniam,ut aliquando declarabimus, non ea ratione ibi non fuit emptionis contractus, quia de* Sticho *dando agebatur, sed quia ex forma illius conuentionis non apparet, quod uterq; contrahentium se obligarint, imo eum, qui dedit pecuniam, uerisimile est nulla præcedente obligatione dedisse, sed ea ratione duntaxat, ut* Stichus *sibi daretur.* Nam *obligatum esse quem,cum facti sit,non præsumetur, nisi probatum fuerit. arg.l.si emancipati .C.de collation.* Si *ergo is, qui pecuniam dedit, non se obligauerit, sed ob id dederit, ut* Stichus *daretur, &* Stichus *non detur, poterit utiq; pecunia repeti condictione ob causam, non actio-*

ne ex empto, quoniam emptio non est, nisi ultro citroq; sit obligatio ut in. l. Labeo. ff. de uerbor. significatio. Et ex his ita explicatis poterit etiã facile intelligi decisio. l. si pecuniam. ff. de condictio. ob caus. in cuius interpretatione Doctores magnopere defatigati sunt. Verun tamen hæc, quæ nunc breuiter excussimus, aliquando latius exminata ueriora fortasse uidebũtur. Cætera autem quæ dicenda supersunt de alijs rei persecutorijs actionibus, uide in aliorum commentarijs. Veniamus ad pœnales actiones.

Ad. §. Ex maleficijs.

Quare minus puniatur raptor, quam fur manifestus, noua ratio assignatur cæteris confutatis, & de intellectu. l. si cum uendidero. §. cum raptor. ff. de Furtis.

Cap. XXIX.

EX maleficijs itaq; proditæ actiones pœnales sunt, & aliæ tantum pœnæ persequendæ causa comparatæ sunt, aliæ tam pœnæ quàm rei persequendæ, & ob id mixtæ appellantur. Pœnam tantum persequitur quis actionẽ furti. siue enim manifesti agatur, quadrupli, siue non manifesti, dupli, de sola pœna agitur, nam ipsam rem propria actione persequitur quis, id est suam esse petens, siue fur ipse eam rem possideat, siue alius quilibet,

eo amplius aduersus furem condictio est rei. Vi autem bonorum raptorum actio mixta est, quia in quadruplo rei persecutio continetur, pœna autem tripli est. Sunt & aliæ mixtæ actiones, quas cũ Iustinianus hic referat, & nihil, quod difficile sit, occurrat de eis dicendum, consulto prætermitto. Furtum autem manifestum ideo magis punitur quàm non manifestum, quia magis de illo cõstat, & magis notorium est, Si fur in ipso delicto depræhendatur, nam ob id solent delicta acrius puniri, ut infra dicemus. Sed maxima est difficultas, quæ me semper conturbauit, Quare introductum sit, ut per actionem ui bonorum raptorum minus puniatur raptor, quàm fur manifestus, quum dubium non sit magis delinquere eum qui ui rapit, quàm qui clam amouet, seu furatur, quamuis postea ex accidenti in furto depræhendatur. In hac difficultate uariæ rationes assignanter, quarum nulla probabilis est. Quidam ob frequentiam magis puniri furtum manifestum, quam uiolentam raptionem, quæ non tam frequens est, dixerunt, sed ob hanc rationem furtum nec manifestum, magis puniendum esset, quam ipsa raptio. Alij dicunt ei competere furti manifesti actionem, cui ui bonorum raptorum competit ut in. l. si cum uendidero. § .cum raptor .ff. de furtis. Sed nec hoc simpliciter uerum est, ut apparet in. l. prim. ff. ui bonorum raptorum. & ideo crederem illam legem si cum uendidero, aliter intelligendam esse quàm

uulgò soleat. opinor namq; iurisconsultum ibi decidisse raptorem esse furem, de quo poterat dubitari, nam fur est, qui clam amouet ut in.l.prim.ff. de furtis. Raptor autem, qui uim adhibet ut in.l.ij. §.prim.ff.ui bonorum raptorum. Ratio autem iurisconsulti fuit, quoniam & si etymus non conueniat raptori, Furti tamen definitio conuenit ut in.l.prim.de furtis. & ideo raptorem, cum omnimodo furtum faciat, furem manifestum esse dixit, quia nihil sit dubitandum, an fur sit, necne, neq; respexit ad illam differentiam nominum, quæ iure ciuili imposita est, ut quidam fur sit manifestus, quidam non manifestus ut in.l.ij.de furtis. & enim si ad hoc respiceremus, uidendũ esset, an in delicto ipso comprehensus sit, & tunc manifestus fur appellabitur. an non sit comprehensus, & tunc fur manifestus erit nuncupandus ut in.l. nec manifestum, & alijs præcedentibus eiusdem tituli cauetur. aliæ rationes adferũtur, quæ debiles sunt, quod & Doctores fatentur. Ego autem nollem in hac perplexa difficultate immorari, ne me magis inuoluerẽ, q̃ necesse sit, & ideo breuiter cõsidero legẽ gradatim procedere in puniẽdis his delictis, nã furtũ nec manifestũ in duplũ punitur. raptio aũt, q̃ publice fit, et magis inhoneste, in triplũ arg. l.ij. §. si in re depo.ff.ui bo.rap. furtũ aũt manifestum, de quo magis constat fure ipso in delicto compræhenso, ob quod uilior effectus est, in quadruplum. Neque enim hic quo ad ciuilem actionen tam

ad atrocitatem sceleris respexit lex, quam ad euidentiam. In pari autem casu atrocitas esset inspicienda ut in.l.prætor.ff.ui bonorum raptor. Vel si ageretur criminaliter ut in legibus ad.l.iuliam de ui publica seu priuata. Actiones autem furti manifesti & non manifesti ob furtorum frequentiam, quamuis pœnales sint, perpetuo durant, maxime cum & is, qui furatur animum habeat clàm auferendi rem. Secus est in raptione, quæ publice fit, & non tam frequenter. & ideo intra annum duntaxat ad pœnam competit ut in.l.ij.ff. de ui bonorum raptorum, & in principio de perpetuis & temporalib. actionibus institutionum. Atq; hoc modo facilius, ni fallor, huiusmodi ambiguitates tolluntur, quam ex Doctorum rationibus, quæ. cum differentiam inter raptionem & furtum manifestum constituunt, respectu pœnæ in furto non manifesto minime conueniunt. nam quod aliqui dicunt ultra ea, quæ iam confutaui, inter raptionem & furtum manifestum hanc esse differentiæ rationem, quod cum raptor à multis publico iudicio de ui illata conueniri possit, æquum esse, ut quo ad ciuilem pœnam, quæ agenti acquiritur, mitius puniatur, quàm fur manifestus, qui publico iudicio conueniri non potest, hoc quidem in furto nec manifesto cessat, namsi principaliter illud consideramus, an ab omnibus poßit conueniri, & propterea minus puniendus sit, cur non etiam minus punietur raptor, quam fur non manifestus? quod si atro

citatem

citatem sceleris inspicimus, non solum magis quàm fur non manifestus, sed etiam quàm manifestus puniendus esset. Similiter uice uersa confutari potest aliorum ratio dicentium, quod raptor, cum de persona constet, facilius conueniri potest, & remediū inquiri ad rem recuperandam, quam si fur manifestus eßet. sed hæc ratio hoc concludit, ut minus esset puniendus fur manifestus, quàm raptor, & fur nec manifestus. & ideo libentius amplector eam, quam tertio loco dixi, quæ iudicio meo magis proprie hanc perplexam difficultatem tollit. Sed iam ad alia pergamus.

Ad. §. Quædam.

De actionibus familiæ herciscund. communi diuidund. finium regundor. & quàm diu durent.

Cap. XXX.

QVONIAM autem de mixtis actionibus tractari cœptum est, hinc sumpta occasione Iustinianus de alio genere mixtarum actionum uolens mentionem facere in hunc modum ait. Quædam actiones mixtam causam obtinere uideotur tam in rem, quam in personam, qualis est familiæ herciscundæ actio, quæ competit cohæredibus de diuidenda hæreditate, item communi diuidundo, quæ inter eos redditur, inter quos aliquid commune est, ut diuidatur. Item finium regundorum,

qua inter eos agitur, qui confines agros habent. Dicuntur autem mixtæ, quoniam, ut author inquit, permittitur iudici in his tribus iudicijs rem alicui ex litigatoribus ex bono & æquo adiudicare; & si unius pars prægrauari uideatur, eum inuicem certa pecunia alteri condemnare. Propter reales igitur personalesq; præstationes, quæ in his actionibus continentur, mixtæ appellantur. Possunt & alia ratione actiones familiæ herciscundæ, & communi diuiduudo in personam dici, quando ad fructus restituendos pro portione sua quis agit, quum alter omnes fructus percepisset. Nam eo casu quidam quasi contractus á lege introducitur, ut suprá de obligationibus quæ ex quasi contractu. & hoc dixi capite V. Actio autem familiæ herciscundæ proficiscitur ex .l.xij. tabularum, competitq; alicui, cum primum cohæres est alterius, & exerceri poterit uno cohæredum uolente á communione discedere ut in.l.prim..ff.famil. herciscund. idemq; est de communi diuidundo actione. finiũ aũt regundorũ actio nascitur, cum fines seu termini agrornm confinium conturbati sunt argu.l.ij. ff. communi diuidundo. & hæc actio non dicitur ex quasi contractu nasci, neq; ad fructus perceptos principaliter cõpetere, seu extendi poterit, quemadmodum famil. her. commu. diuidun. actiones. accessorie tamen fructus, seu id, quod interest, in hoc iudicium, quãuis stricti iuris sit uenient. ut in.l.iiij ff. fini. regund. arg.l. uideamus. ff. de

usuris. Sed quæstio est. quãdiu hæ actiones durent, & Iustinianus in. l. unica. C. de annali excep. ultra xxx. ann. minime durare nisi forte controuersia mota, tunc enim usq; ad xl. ann. competere poße constituit. quid ergo? inuiti in communione erũt? cum refragetur. l. ul. C. cõm. diuid. & l in hoc iudiciũ. §. si cõueniat. ff. cõmu. diuid. Repugnat etiam æquitati & causæ introducendarũ præscriptionũ, quæ adinuentæ sunt ut lites minuerentur. cõmunio autẽ lites ac discordias parit ut in. l. cum pater. §. dulcissimis. ff. de leg. ij. unde ego nõ crederẽ simpliciter hoc eße intelligẽdũ, quãuis pleriq; corticẽ uerborũ potiꝰ ꝗ rationẽ inspicientes ruditer id intellexerint. & in primis considero Iustinianũ nõ dixisse has actiones nõ posse finiri minori spacio xxx. an. sed ultra illud tẽpus nõ durare. secũdũ itaq; rei qualitatẽ uarijs mõdis ĩtelligere debemꝰ hãc materiã, nã si ex re cõi solus perceperis fructꝰ, cũ intelligere debeas medietatẽ socio restituendã & ad hoc ex ꝗsi cõtractu obligatꝰ sis, illos qdẽ præscriptiõe nõ acquires ante xxx. an., sed si rẽ cõem tanꝗ tuã possideas bona fide, dubitãdũ nõ ẽ, qui ante xxx. an. usucapere possis ut. s. de usuc. de hæreditate uero aliud dicẽdũ ẽ ar. l. hæreditatis. C. de pet. hær. & proxi. capi. hoc discutiemus, fines autem si mala fide aliquos occupasti nõ poteris usucapere ante xxx. an. sed si aliꝰ bõa fide in eos successerit, poterit qdẽ ante xxx. an. usucapere ut. s. de usucapi. ꝙ siuel in diuisione uel hæreditatis uel rei spãlis seu finiũ

alter indebite læsus fuerit, uel deceptus, tunc poterit usque ad triginta annos agere, non ultra, & ita intelligo. l. unicam. C. de annali exceptione. & hæc satis sint quo ad tres actiones, quæ mixtæ dicuntur tam in rem quàm in personam, ob ea quæ prædiximus, maxime ob reales & personales præstationes, quas habent.

De petitione hæreditatis & intellectu. l. hæreditatis. C. de petition. hæreditatis.
Cap. XXXI.

VNDE uidetur illud sequi petitionem, scilicet hæreditatis mixtam esse actionem, quoniam, & si in rem est actio, habet tamen quasdam personales præstationes, ut puta eorum, quæ à debitoribus exacta sunt, item prætiorum, ut in. l. xxviij. §. petitio. ff. de petion. hæreditat., & hoc expressim cautum esse uidetur in. l. vij. C. eod. titulo, ait lex hæreditatis petitionem, quæ aduersus uel pro hærede. uel pro possessore poßidentes exerceri potest, præscriptione longi temporis non summoueri, cum mixtæ personalis actionis ratio hod respondere compellat. Petitio enim hæreditatis mixta est ex realibus & personalibus præstationibus. competit etiam contra eum, qui ex quodam contractu censetur eße obligatus, ita enim interpretatur ius in. l. apud Iulianum. §. ultim. ff. ex quibus causis in possessio-

nem eatur, & suprà in. §. hæres de obligat. quæ ex qua si delict. nascun. Sed in contrarium, quod petitio hæreditatis inter reales actiones sit annumeranda, adducitur hæc ratio, Nam qui petit hæreditatem, petit se hæredem esse declarari, ut in. l. licet minimam. ff. de petion. hæreditatis. Bartolus tradit, quod de natura realium actionum est argum. l. Pomponius. ff. de procuratorib. & aliarum similium, nam per rei uendicationem quis petit se dominum declarari idem in confeßoria & negatoria actionibus ut in. l. sicuti. §. sed si. ff. si seruitus uendicetur. Hinc est, quod hæc actio petitio hæreditatis dicitur, Petitio enim in rem, actio in personam infertur ut in. l. actio in personam. ff. de actionib. & obligation. neq; his obstat, quòd petitio hæreditatis habeat quasdam personales præstationes, quoniam illæ sunt ex accidenti, sine quibus hæc actio potest subsistere, fieri tamen non poterit, quin actio in rem sit, semper enim competit aduersus pro hærede se gerentem, etiam si nullam rem hæreditariam possideat, ut declaretur se hæredem eßse, iusq; in hæreditate habere. istudq; principaliter uenit in hac actione, in consequentiam tamen officio iudicis fiet condemnatio ad restitutionem rerum hæreditariarum, uel ex hæreditate acquisitarum ut in. l. item ueniunt de petition. hæreditatis, argum. l. qui restituere. ff. de rei uendicat. Illæ igitur uel reales uel personales præstationes, quæ ex accidenti ueniunt, non sunt inspi-

cienda, sed illud, quod naturale est argum. l. qui habet. ff. de tutelis. inde fit, ut si uendico castrum cum omnibus iuribus ad illud pertinentibus, possim quidem rei uendicatione agere, quamuis iura per se uendicari non possent ut in. l. uendicatio. ff. de rei uendica. Vnde si tu à debitoribus hæreditarijs debitum aliquod exegisses, si pro hærede aut pro possessore te non gereres; petitione hæreditatis non posses conueniri, sed condictione agere aduersus te, & hæc intelligenda sunt capiendo hæreditatem in ciuili significatione ut capite primo dixi. quoniam in naturali hæreditas significat illam uniuersitatem siue iurium siue rerum, quas defunctus habebat, id est patrimonium. non obstat. l. hæreditatis, quoniam pro intellectu illius legis aliàs considerabam, quod cum lex rationem constituit in illa mixta personali actione, non respicit ad personales præstationes, quoniam propter illas tantum non perpetuatur aliqua actio usq; ad xxx. ann. quod suprà in capite proximo aliquantulum tetigi, nam actio ad exhibendum, personalis est, & cōpetit contra eum, qui rem meam detinet bona fide, nihilominus usucapta illa re non erit locus actioni ad exhibendum propter rationem dominij, quod extinctum est, unde fieri quod si actiones personales ante xxx. annos non præscribuntur, illud sit propter obligationem rei, qua adstrictus est. Actiones autem reales, quæ competunt contra nullo iure obligatum minori spacio tolluntur. si ergo petitio hæreditatis, quæ realis est actio, perpetuatur su-

que ad xxx. annos, uidetur illud esse propter quandam obligationem, que astrictus est, qui pro hærede uel pro possessore se gerit. Obligatio autem nascitur ex quodam contractu à lege inducto argumen.l. apud Iulianum. §. ultim. ff. ex quibus causis in possession. eatur. Nam quemadmodum uerus hæres adeundo contrahere intelligitur cum creditoribus hæreditarijs, ita etiam is, qui se hæredem existimat, contrahere intelligitur, ut restituere teneatur creditoribus hæreditarijs debitum suum. dubium autem non est, uerum hæredem creditorem hæreditarium censeri, quoniam ipsi hæreditas debetur, quemadmodum legatario legatum, hinc dicimus eum, qui habet animum ad hæreditatem acquirendam, hæreditati obstringi ut in.l. si quis extraneus. §. prim. ff. de acquirend. hæreditate. & ideo se obligat oneribus hæreditarijs puta solutioni legatorũ seu debitorum restitutioni ue hæreditariarũ rerum ei faciendæ, ad quem pertinere intelligitur hæreditas, quæ repræsentat personam defuncti ut in.l. hæreditas. ff. de acqui. reru. domin. perinde itaque obligor hæreditati, atq; si alicui personæ promitterẽ me onera hæreditaria subiturum. hinc est, quod personales præstationes contineantur in hæreditatis restitutione ut in.l. sed si lege. §. petitio. hinc est quod imperator considerat mixtæ personalis actionis rationem. & ita ego satis difficulter legem hæreditatis defendebam in hoc

tamen animus meus minime conquiescit, quoniam & si illud probabile sit, quod cum aliquis hæreeitatem adit, fingatur seu censeatur contrahere quo ad legatarios seu creditores hæreditarios, nam intelligere debet hæreditatem onera in se continere, seq; uoluntati defuncti satisfacturum, eiusq; obligationes suscepturum, uerunta men quo ad hæredem uerum secus est, nam si is, qui pro hærede possidet, putat se hæredem ut in.l.pro hærede. .ff.de petition. hæreditat. quomodo potest intelligere alium esse uerum hæredem? & ideo uidetur, quod ratio mixtæ personalis actionis non congruat casui .l. hære ditatis. Quare alij ab ea ratione discedentes, uarias addu cunt rationes, quæ quasi ad hoc tendunt oẽs, ut quia is, qui pro hærede possidet, uerũ titulũ non habeat, nõ possit longo tempore usucapere aduersus uerum hæredem ar gum.l.Celsus.ff.de usucapion.& l.hæreditatem. C. in quibus causis. Sed nec hæc ratio sufficiens est, quoniam plerunq; usucapio procedit sine titulo, cum adsit iusta causa erroris, quæ salet maxime interuenire, ubi quis suc cedit in ius alterius argu.l.ultim.ff.pro suo, & aliarum similium, prout in.l. Celsus traditur. durum præterea esset à legis latoris ratione discedere. Cum igitur diu rationẽ illam examinarẽ, ea tandem alijs omnibus perfe ctior uisa est, neque melius potuisse legis latorem dicere cognoui. Vnde magnopere cauendum est, ne temere à uerbis legis recedamus. quod igitur lex ait hæreditatis petitionem spacio longi temporis non præscribi ob ra

tionem mixtæ personalis actionis, quæ quidem, quamuis ex accidenti soleat immisceri, uti iam dixi, non autem ita à natura sit immixta, ut semper hæreditatis petitio habeat personales præstationes, id tamen argumento est hæreditatem esse ius quoddam continens uniuersitatem quandam siue rerum corporalium siue incorporalium arg. l. bonorum. ff. de uerbor. significat. non autem in rebus corporalibus consistere argum. l. hæreditas. ff. de petition. hæreditat. Si ergo est ius, usucapi non poterit, quia nec possideri, ut in. l. usucapionem. ff. de usucapion. & l. seruus. §. incorporalis. ff. de acquir. rerum domini nec enim per actũ naturalẽ acquiritur, sed per aditionẽ, qui est actus legittimus ut in. l. actus legittimi. ff. de reg iuris. & ideo dici solet oportere esse delatam hæreditatem à lege antequam acquiratur ut in. l. delata. ff. de uerbor. signific. l. is qui hæres. ff. de acquir. hæreditat. & quod hæreditates lege obueniunt ut in. l. lege. ff. de uerbor. signific. illa autem, quæ per actus ciuiles acquiruntur, difficilius acquiruntur, quàm quæ per actus naturales arg. l. ea quæ ciuiliter. ff. de acquiren. rer. dominio. Quod si illud ius, quod petit uerus hæres, usucapi non potest puta per decem aut uiginti annos, cõsequens est, ut petitio hæreditatis spacio uiginti annorum tolli non poßit. Iam uero res hæreditariæ, cum non possideantur iusto ac uero titulo, non poterunt usuca pi secundum Doctores, neq; hic erit inspiciendus ille probabilis error,

quoniam de natura est rerum hæreditariarũ,ut accedant hæreditati,& eam sequantur.nam & accessorium sequitur naturã sui principalis,& uitiato principali accessorium extinguitur ut in.c.accessorium. de reg.iur.pontificij.idem de eo qui pro possessore possidet res hæreditarias,si non habet titulum.uel non est in bona fide,ut est prædo, & similes argum,l.pro hærede.§. primo .ff.de petit.hæred.& tunc non solum ius,quod pro possessore possidet,non acquirit.xx.annorum spacio,uerum nec res hæreditarias,ut notum est, quia est in mala fide, uel titulum non habet.quod si aliquis pro possessore non possideat,sed res hæreditarias ex aliquo iusto titulo, habeat,ut puta pro empto, pro donato, seu alio titulo, illas usucapiet,quoniam nec ab eo successio uendicari potest. ita expressim cauetur in l. hæreditatem. C.in quib.cau. ces. lon. tem. ex quo loco nostra hæc declaratio magis confirmatur.

Ad. §.Omnes.

Quomodo intelligendum sit nullam actionẽ ultra quadruplum extendi,& actionem legis Aquiliæ in hæredem transire cum incremento contra Doctores,& de intellectu.l.item ueniunt. §.cum prædiximus.ff.de petit.hæred. Cap. XXXII.

S*E quitur alia actionum diuisio,quæ respicit quantitatem eius quod petitur. Omnes, inquit author,*

actiones uel in simplum concaptæ sunt, uel in duplum, uel in triplum, uel in quadruplum, ulterius autem nulla actio extenditur. quod ita intelligendum puto, ut nulla actio inueniatur, quæ pœnam respectu simpli alicuius multiplicatam, ultra quadruplum contineat, & hoc modo intelligendo facile erit respõdere ad omnes Accursij obiectiones, quas dum aliqui ita euitare coguntur, ut quod uniuersaliter dictum est, multis casibus limitetur, destruunt sermonis naturam, uniuersaliter enim & negatiue author dixit ulterius nullam actionem extendi. Qui sermo falsus esset, si aliquæ actiones ulterius extenderentur argu. l. si ita. § .utrum. ff. de rebus. dub. intelligendo autem eo modo, ut .s. dixi, nulla erit difficultas. quod & Accursius uisus est sentire, quamuis non ita dilucide hoc explicet. Quæ autem actiones ad simplum, duplum, triplum, quadruplum ue competant, & quando simplum in duplo, uel quadruplum contineatur & de differentijs harum pœnalium actionum ita eleganter Iustinianus hic tractat, ut superfluum esse putem amplius in his immorari. & ideo cum finis noster in hoc tractatu semper fuerit, ut difficilia, quæ declaratione indigent, solum excuteremus, quandam differentiã, quæ dicitur esse inter actionẽ serui corrupti, & .l. Aquiliæ, examinabo, quod iudicio meo nõ sit ĩtellecta, dicũt doctores hoc interesse inter has actiões ultra alias differẽtias, quod actio, l. Aquil. naturaliter ad sĩplũ, ex accidenti tamẽ. i.

propter inficiationem aduersarij, ad duplum competit, Actio uero serui corrupti naturaliter ad duplum competit, ideoq; fieri, ut in petitione hæreditatis actio legis Aquiliæ cum suo incremento non ueniat, quoniam illud ex accidenti esse, sed solum cum suis naturalibus qualitatibus uenire, Naturalia enim fortius inhærere, quam, quæ ex accidenti sunt. & ita intelligunt .l. item ueniunt. §. cum prædixerimus .ff. de petition. hæreditat. Zasius hic & libro primo suorum Intellectunm capite xiiij. addit nouam aliam rationem. dicit enim hæredem, qui in hæreditaria debita succedit, solum agere posse ad debitum hæreditarium. Vnde si inficiatio facta non est, defuncto certe non est acquisitum ius hæreditarium ad duplum, Fortius inquit, quamuis inficiatio facta esset, tamen quia pœna dupli nondum fuit acquisita defuncto, non poterit hæres ad duplum agere, sed hoc ridiculum est. Actionem autem serui corrupti hæredi ad duplum competere, quia naturaliter ad duplum competit, & illud duplum hæreditarium est dicunt iuris interpretes ut in. l. ut tantum. ff. de seruo corrupto. Ego istam differentiam his modis intellectam nunquam potui approbare, Dico enim in primis de natura esse actionis Aquiliæ, ut inficitiatione facta ad duplum competat, non enim sequitur inficiatio ex accidenti est, ergo non est naturale ipsius actionis, ut inficiatione facta ad duplum competat, Nam de natura est stipulationis condiciona-

lis, ut eueniente conditione obligationem pariat. de natura est contractus uenditionis, ut si uenditor dominus sit, dominium transferatur ut in.l. ex empto.ff. de actionib. empti. de natura est noxalis actionis, ut dato semel arbitrio ad seruum uel decem soluendum ante litis contestationem seruus sit in præstatione, lite uero contestata etiam ab hærede uictoris non sit locus seu præstationi ut in.l. item ueniunt. §. idem recte ait de petitione hæreditat. ita et in actione legis Aquiliæ dicendum est, ut competat cum illis qualitatibus, cum quibus competebat alij. Sed quia solum uidetur obstare ille. §. cum prædixerimus, ideo pro intellectu illius dico esse animaduertendum, quod petitio hæreditatis competit contra illos, qui ius pro hærede uel pro possessore poßident uel rem hæreditariam licet minimam ut in.l. regulariter de petitione hæreditat. Vnde si is, qui teneretur lege Aquilia, neq; ius pro hærede, neq; pro poßessore uel neq; minimam rem hæreditariam poßideret, petitione hæreditatis conuueniri non posset, & ideo in hoc casu, ille. §. nõ est intelligendus. quod si uelis ita intelligere, ut qui petitione hæreditatis agit, petat sibi hæreditarias actiones restitui, nec hoc dici potest, quoniam frustra id peteretur, Nam si uerus est hæres, qui agit, ipso iure ueritate inspecta actiones hæreditariæ sibi competunt. quomodo igitur intelligemus? certe ita, ut dicamus eum, qui petitione hæreditatis agit, contra pro hærede uel poßes

fore possidentes non solum petere, ut declaretur hæres .l. licet minimam de petition hæred. Sed ut restituantur res hæreditariæ iudicio officio, & fiant personales præstationes tam prætiorum ex rebus hæreditarijs alienatis, & eorum, quæ à debitoribus exacta sunt. ut in.l. sed si lege. §.petitio.ff. de petition. hæredit. quam etiã eorum, quæ ex actione aliqua hæreditaria debebantur defuncto. Finge igitur te teneri lege Aquilia Sempronio, & eo defuncto te eius hæreditatem pro hærede uel pro possessore possidere, deinde agere contra te petitione hæreditatis, quod est uniuersale iuditium, eum, qui uerus est hæres. certe in hoc casu non solum continebitur, ut res hæreditarius restituas, sed etiam, ut soluas, quod ex lege Aquilia tenebaris. & tunc quia simplum tantum iure hæreditario debetur, amplius mihi non soluetur, quoniam solum peto, quod hæreditarium est. Sed si lege Aquilia tecum agerem, & tu inficiareris damnũ illatum, non dubito, quin ad duplum condemnari posses, quoniam leges indistincte hanc actionem legis Aquiliæ cuicunq; competat, ex inficiatione ad duplum competetere dispenunt. Secus esset, si sub petitione hæreditatis confunderetur. & ita intelligo. §. cum prædixerimus: quem intellectum ostendit. §.subsequens, nam inquit ibi Vlpianus. idem recte ait, Si noxali iuditio condemnatus sit possessor. scilicet hæreditatis defuncto, non posse eum dedentem noxæ officio iudicis liberari. Quia tam

diu quis habet noxæ dedendæ facultatem, quam diu iudicati non conueniatur, post susceptum autem iudicium non potest noxæ dedendo se liberare. Suscepit autem per petitionem hæreditatis, nam in eam actionem ueniunt omnes actiones hæreditariæ, & in illo iuditio uniuersali censetur petitum omne illud, quod iure hæreditario debetur, non aliud. & ita hanc materiam intelligo.

Ad § Actionum.

Hic assignanttur uariæ rationes, quare potius aliquæ stricti iuris sint actiones, quam illæ, quæ bonæ fidei esse dicuntur.

Cap. XXXIII.

QVINTA *est actionum diuisio, quod quædã bonæ fidei sunt, quædam stricti iuris, Illas autẽ bonæ fidei esse iudicabo, quæ uel in hoc. § . enumerãtur, uel alijs in locis bonæ fidei esse dicuntur. cum enim bonæ fidei actionum exempla author hic duntaxat proposuerit. id argumento est cæteras esse stricti iuris, alioqui cur nõ & actionũ stricti iuris exempla tradidisset? quod si uel in digestis uel alibi aliqua actio ultra illas, quæ hic enumerãtur, bonæ fidei esse dicatur. eã bonæ fidei cẽsebo. qualis est actio præscriptis uerbis, q̃ ad rẽ præcario cõcessã cõpetit. nã illã ex bona fide oriri dixit Iulia. in. l. ij ff. de præcar, propter similitudinẽ forte, quã cũ cõmodato præcariũ habet ut in. l. 1. eiusdẽ tit. & hæc fuit Azo. sen-*

tentia, quam ueram puto licet aliquibus reclamantibus. Dicuntur autem bonæ fidei actiones, quòd in eis non magis ad uerba contractuum, & rigorem, quàm ad æquitatem, & uerosimilem mentem paciscentium respicere debeant iudices. & in hoc ab actionibus stricti iuris differunt, quod in his ad uerba præcise, & rigorem inspiciendum sit argum. l. quicquid astringendæ. ff. de uerbor. obligation. Vnde fit, ut casus omissus pro omisso habeatur, neq; ad illum actio extendatur, quamuis negandum non sit in omnibus bonam fidem exigi, sed in his strictius interpretandam, quàm in illis fatendum est. & ita intelligitur. l. bonam fidem. C. de actionib. & obli. Vnde fit ut actiones bonæ fidei plerumque competant, non solum ad debitum principale, sed etiam ad accessorium, idq; solum peti possit. ut sunt fructus, damnum illatum, & similia. & habeatur ratio temporis moræ, in alijs uero tempus litis contestatæ spectetur ut in. l. cũ fundus. ff. si cert. petat. Sunt & aliæ differentiæ, quas Doctores uarijs in locis tradiderunt, quarum aliquot nos infra excutiemus. Hic autem illa præsertim difficultas occurrit examinanda, ut inuestigemus rationem, quare potius aliquæ stricti iuris actiones, aliæ uero bonæ fidei iudicentur. Parum enim est iuris interpretibus dispositionem iuris certam nosse, nisi & rationem intellexerit. Equidem in hac re mallem discere aut tacere, quàm alijs reprehendendi occasionem tribuere nisi etiã

cogitan-

das & inquirendas rationes incitari eos posse confiderem.quidam igitur contractus ideo bonæ fidei factos fu isse crediderunt,quia frequentiores essent,quàm reliqui. Sed quid frequentius mutuo,aut stipulatione? Vnde ego ita quæstionem hanc uerius finiri ac decidi posse arbitror,si contractus stricti iuris cum bonæ fidei iudicijs singulatim conferamus, & imprimis si quæras, quare potius mutuum stricti iuris sit, quàm depositum, com modatum,prĕcarium,pignus, respondeo eum,qui mutu at,eo animo nummos dare, ut statim accipientis fiant, & consumantur,deindeq; ex post facto tantundem reddatur in genere ut in.l.ij.ff. si cert. petat. Secus est in alijs contractibus,in quibus res custodienda datur non consumenda, & ideo si is, cui data est non reddat, aut quia nolit.aut quia non possit,in maiori culpa est,quàm qui nũmos acceptos consumpsit, & postea soluere nõ possit, quia nũmos nõ habeat.& ideo satis est, ut tantundẽ nummorum,qui recipiunr functionem in genere suo, sol uat,quum poßit,neq; aliud exigere debet,qui liberaliter & sponte beneficium alteri uoluit conferre, esset enim liberalitatem in auaritiam ac impietatem conuertere. Quod si lucrum ex mutui datione uoluit percipere, pu ta usurarum,potuit à principio illas stipulari.Cæterum de emptione,uenditione,locatione, conductione,societate, quod dispositum sit, ut eßent bonæ fidei contractus, optima ratione factum est, quoniam utrumque ex

contrahentibus in causa onerosa inuicem positos esse uidemus. & graue esset fidem ei fallere, qui de suo dare promisit, & interim astrictus est, ne possit à contractu discedere, ac cum alio in eadem re contrahere, uel nummis promissis aliud adquirere. idem de permutatione, & æstimatoria actione dicendum est, quoniam plurimũ uenditioni accedunt ut in.l.ij.C.de rer. permutatio. & .l.prim.ff. de æstimatoria action. mandatum præterea cum ei fiat, de quo maxima est spes & fiducia, & illud liberaliter ac gratis accepetur, bonæ fidei esse iudicatur. is etiam, qui negotium absentis gerit, spontéq; illud beneficium præstat, tenebitur quidem ex bono & æquo, nisi diligenter negotium gesserit, pariter & is, cuius negotium gestum est. idem de tutelæ actione dicendum est, ut neq; contra tutorem pupillus, neq; aduersus pupillũ tutor stricto iure agat, sed ex bono & æquo procedatur ad rerum restitutionem, uel pecuniæ seu æstimationis damni seu negligentiæ solutionem. & in his actionibus fere omnibus hoc obseruatur, ut utrinq; competant, quales sunt directæ & contrariæ, & ex empto, uendito, locato, conducto & similes. Vltra has uero petitio hæreditatis bonæ fidei esse censetur, cum plurimum fauendum sit ei, qui uerus est hæres, & uere defuncti personam repræsentat, non autem seuere agendum in ipsos, qui bona fide uel pro hærede uel pro possessore possident. Sed & familiæ hercircundæ, cõi diuidundo actiones, quæ ad re

rum diuisionẽ, & ad fructus etiã principaliter compe-
tunt, cum & de iure cõmunionis nõ ambigatur, sed quili
bet socius quasi ex contractu quodã societati simili obli
gatus esse censeatur, bonæ fidei iudicantur. quod nõ est
in finiũ regundorũ actione, quæ neq; ex contractu nasci
intelligitur, neq; qui de finibus regundis agunt, in socie
tate aliqua eße intelligantur, imo semper in contentio-
nibus propter iuris uniuscuiusq; incertitudinẽ uersẽtur.
& ideo ad fines regundos solũ cõpetit, quandoq; tamen
accessorie & ad id quod interest extẽditur ut in.l.iiij.ff.
finiũ regũdorũ, est et rei uxoriæ actio, in cui9 locũ actio
ex stipulatu successit, quæ ob fauorẽ dotis, & ob onera
matrimonij, quæ maritus subijt in bono & æquo fundata
est, idẽ de alijs actionibus ex stipulatu dicendũ est, quã
do stipulatio contractibus bonæ fidei coniuncta est, nã
cũ ex negotio cõtracto negotio dependeat ut in.l.y.ff.
de uer. ob. accipiet illius naturã, ut traditur in tit. de uer.
obli. à doctoribus. alioqui per se cõsiderata stricti iuris
erit, nã cũ illius substãtia in uerbis sit, ad ea, quæ uerbis
expressa sunt, cõpetit. arg. l. quicquid adstringẽdæ illi9
tit. nisi quãdoq; ex necessitate aliqua ad aliud cõpetat, ut
cũ promissũ est factũ, & adimpletũ nõ est arg. l. stipula-
tiones illius tit. item & rei uẽdicatio, cũ soleat cõpetere
cõtra nullo iure obligatũ, et aliæ reales actiões stricti iu
ris erũt censendæ. Sed quid de action. ex testamento, an
bonæ fidei erit, cum æquiparetur actionibus bonæ fidei

ut in.l.in minorum. C. in quibus causis. & ob eam rationem credo quasi bonæ fidei esse censendam. quoniam fructus ueniunt à tempore moræ ut in.l.uideamus, cum lege sequenti.ff.de usuris. ad quod etiam pertinet ultimarum uoluntatum fauor.arg.l. uel negare.ff. quemad modum testamenta aperian. & .l.in contractibus .ff. de reg. iur. alias uero actiones, quæ uel à prætoribus conceduntur, ipsorum arbitrio potius, quàm illarum natura ijdem moderantur. tandem actiones pœnales stricti iuris quantum ad actorem iudicabo. Pœnales enim dispositiones stricti iuris sunt, & odiosæ argum.l. quidam .ff.de liber. & posthum. & potius cum in dubio sumus, de minuenda, quàm de augenda pœna tractandum est, argum.l.si de interpretatione.ff.de pœnis. quod si aliquæ actiones post has introductæ fuerint, ut sunt actiones in factum, & similes, Iudex in illis cum certum ius non habeamus suo arbitrio procedet argum.l. prim.ff.de iure deliberandi. Nam cum plura sint negotia, quàm uocabula, neceßarium hoc est. Non enim omnes articuli singulatim legibus comprædendi poßunt. & potius illas iudicabo stricti iuris, ne facile à limitatis iuris dispositionibus recedamus argum.l. diuus .ff.de in integrum restitut. & hæc hactenus Nunc ad aliquas actiones explicandas, quæ suprà a nobis non sint explicatæ, & à Doctoribus ita excussæ, ut maiori declaratione indigere uideantur, Pergamus.

De æstimatoria actione,& de concordia.l. Si gratuitam. §.primo.de preſcrip.uerbis. &.l.prim. § ultim. de æſtimatoria.

Cap. XXXIIII.

PRIMO loco occurrit præſcriptis uerbis actio, quæ de æſtimato proponitur, & hæc tunc competit, cum res æſtimata uendenda datur, cum enim eſſet dubitatum utrum ex uendito ſit actio propter æſtimationem,an ex locato, quaſi rem uendendam locaſſe uidear,an ex conducto,quaſi operas conduxerim,an mandati, melius uiſum eſt hanc actionem proponi, quoties enim de nomine contractus ambigeretur,conueniret tamen aliquam actionem dari, dandam æſtimatoriam præſcriptis uerbis actionem in ſimili caſu placuit. Eſt inquit Vlpitinus in.l. prim .ff.de æſtimatoria negotium ciuile geſtum.idem in ea ſpecie inquit, ſi mulas tibi dedero,ut experiaris,& ſi placuiſſent,emeres, ſi diſplicuißent, ut in dies ſingulos aliquid præſtares, deinde mulæ á graßatoribus fuerint ablatæ,intra dies experimenti,actionem præſcriptis uerbis dari ut in.l.apud Labeonem. §. prim. .ff. de præſcriptis uerbis. quoniam intra dies experimenti neq; ad locationem neq; ad emptionem fuit adhibitus certus ac determiratus conſenſus,adhuc enim in ſuſpenſo erat, & ideo cum conueniret cer-

tum actionem,& de contractus nomine interim ambigeretur, actio ciuilis præscriptis uerbis cōpetet. Porro quum res æstimata uendenda datur, æstimatio facit periculum eius, qui suscepit. aut igitur debebit ipsam rem incorruptam reddere, aut æstimationem, de qua conuenit. Hinc oritur magna difficultas, quando,& quo casu æstimatio faciat periculum eius, qui suscepit, nam licet Vlpianus in. l. prim.. ff. de æstimatoria generaliter dicat æstimationem facere periculum eius, qui suscepit. idem tamē in. l. si gratuitam. §. prim. de præs. uerb. Si margaritas, inquit, tibi æstimatas dedero, ut aut easdem mihi afferas aut prætium earum, deinde eæ perierint ante uenditionem, cuius periculum sit? & ait Labeo, siquidem ego te uenditorem rogaui, meum esse periculū. si tu me, tuū. si neuter neutrum, sed duntaxat consensimus, teneri te hactenus, ut dolum & culpam mihi præstes. actio autem ex hac causa utiq; erit præscriptis uerbis. ex qua Labeonis distinctione nimis restringitur superius Vlpiani dictum, quapropter uariæ declarationes à doctoribus afferuntur, quarum omnes periculosæ admodum sunt. unde ego reiectis aliorum declarationibus illam magis amplector, ut dictum Vlpiani dicentis æstimationem facere periculū, eius qui, suscepit, intelligatur, quādo neuter neutrū rogauit idq; uerisimile est, quando merces interuenit, tunc enim non magis gratia unius, quam alterius, conuentio facta esse intelligitur. & ideo tunc & dolus & cul

pa præstabitur etiam leuissima, ut æstimatio aliquid ope retur argum. eorum, quæ tradit Bartol. in. l. si ut certo. §. commodatum. ff. cõmodati. quod si tu me rogasti, casũ fortuitum præstabis, alioquin æstimatio quid operaretur? si ego te rogauero, & dolum & culpam leuem saltẽ præstabis. & in hoc casu periculum erit suscipientis, sed in casu leuissimæ culpæ uel fortuito periculũ erit dantis. & ita intelligo. l. si gratuitã. §. prim. nam & cum periculũ alicuius esse dicitur, plerunq; ob casum fortuitũ dicitur, non ob leuem culpam, aut latam, seu dolum. cuius rei magnum argum. sumitur ex. l. naturalis. §. sed si scyphos. ff. de præs. uer. & ita has leges conciliarem, quãdiu meliora non adferantur.

De actione præscriptis uerbis, quæ ex permutatione competit.

Cap. XXXV.

SECVNDO loco de actione præscriptis uerbis quæ ex permutatione competit, uerba faciamus quod in ea occurrant nonnulla, ad quæ alij non animaduerterunt. Hanc itaque actionem cum ad id, quod interest, solum competere communiter receptum sit, uix tamen potest ratio probabilis inueniri, quare non ad dandum competat, quemadmodum quæ ex stipulatione oritur, aut saltem ad tradendam, ut de actione ex empto dictum est suprà, Nam Bartolus in

.l.stipulationes non diuiduntur.ff.de uerbor. obligatio. relatis quorundam opinionibus hanc opinionem secutus huiusmodi rationem affert, inquit enim hunc contractum, quum, do, ut des, & similes, quemadmodum in conficiendo debiliores sunt, quam reliqui, ita & in exequendo minus habere uirium. nam uidemus licitum esse ab huiusmodi contractibus recedere, si ex neutra parte traditio facta sit ut in.l. ex placito .C.de rerum permutat. non enim mirum uideri debet, inquit Bartolus, si quatenus ad executionem attinet, actio ex illis competens ad id, quod interest, solum competat ut in.l. naturalis. §.prim..ff.de praes. uer. haec quidem ratio debilior est longe, quàm hi contractus. quoniam si à principio licitnm est ab huiusmodi contractibus recedere, nullo implemento secuto, illud ideo est, quia contrahentes ad traditionis factum se retulerunt, neq; ante pro absoluto habere uoluerunt talem contractum quum dare, ut des, conuenit, quemadmodum & in contractibus, qui per scripturam absoluuntur argumento eorum, quae dicuntur in.l. contractus. C.de fide instrumentor. Tradi tione autem ab alterutra parte secuta iam contractus actionem efficacem pariet, neq; locus erit poenitentiae, ut in.l.ex placito. adde, quòd magis fauendum est ei, qui ex causa onerosa obligationem acquisiuit, quàm ei qui ex lucratiua argum.l.Meuius.§.duobus.ff. de legat.ij. & .l.ultim..C.de codicillis. Ille autem, qui ex permutati-

one agit, causam onerosam habet, ergo ei magis fauendum est, quàm qui ex stipulatu agit, nam is causam lucratiuam potest habere, & ideo Petrus bella perticensis, in alia fuit opinione, ut existimaret actionē istam ad dandū competere. nam in. l. iij. & ultim. C. de rerum permutatione cautum est hanc actionem competere, ut placitis stetur, neq; obstare. l. naturalis, §. prim. ubi dicitur ad id, quod interest, dari, quoniam illud magis ex officio iudicis, quàm ex natura ipsius actionis uenire, uerum hæc responsio est contra illum textum, ubi contrarium omnino cauetur, proptereaq; Bartolus ausus non est à superiori opinione recedere, neque uerosimile est Paulum eo in loco, cum de actione tractaret, omisisse potius. quod de natura actionis erat, ad officiumq; iudicis respexisse. Vnde ego aliter dicerem, & in primis non fuisse introductum hanc actionem ad id, quod interest competere, ut ius actoris minueret, imo ut augeret ad exemplum actionis ex empto, quam uel ad tradendum, uel ad id. quod interest, competere supra ostendi. ita & de permutatione dicendū est, quam non est iuris incogniti uicem emptionis obtinere ut in. l. ij. C. de rerum permutation. ideoq; bonæ fidei esse ut in hoc. §. secus est in stipulatione rem dari, quæ, cum stricti iuris sit, ad dandum competet duntaxat, ut in. l. ubi autem. §. ultim. ff. de uerbor. obli. Sed cum dubium forte esset, an ex permutatione ad aliud, quàm, quod in conuentione expressum est, compete-

ret, ideo Paulus de eo, quod intereſt, locutus fuit non negans ad tradendum poſſe competere, quemadmodum & actionem ex empto competere diximus. & hoc utile eſſe conſtat, quoniam interdum in huiuſmodi contractibus ultro citroq; obligatorijs, id, quod intereſt, præcium rei egreditur arg. l. prim. ff. de action. empti. Et hæc quo ad actionem ex permutatione ſufficiant. Cæterum de contractu ipſo permutationis & alijs innominatis conuentionibus aliquando diffuſius tractabimus.

Ad. §. Fuerat.
De actione ex ſtipulatu, quæ inlocum rei uxoriæ actionis ſubrogata eſt.
Cap. XXXVI.

TERTIO ſupereſt, ut uideamus de actione ex ſtipulatu, quæ in rei uxoriæ actionis locum ſubrogata eſt, quam ad dotes exigendas introductam eſſe ait hoc loco Iuſtinianus. quod in. l. unica. C. de rei uxor. action. latius tractat. idq; ex communi Doctorum ſententia procedit. tam ex parte uxoris ad dotis reſtitutionem agentis, quam ex parte uiri dotem exigentis ut in eadem. l. §. prim. Fortunius tamẽ hiſpanus in commen. l. yi. ff. de pact. ſtrictis hoc interpretatus eſt, ut ſcilicet tunc actio ex ſtipulatu ſtipulatione non interpoſita cõcedatur, cum mulier de dotis reſtitutione agit, non quum

nir de dotis promissæ traditione contendit. quam opinionem haud incoloratis rationibus defendit, & inter cæteras sunt duæ potissimum, Prima, quod nulla fuerit causa introducendi actionem hanc pro uiro, qui aliud remedium habet ex.l.ad exactionem.C.de dotis promiss. non ergo fingi debuit stipulatio in hoc casu, Fictio enim á lege induci non solet nisi ex causa & æquitate ut in.l. postliminium.ff.de captiuis & postliminio reuersis. Altera est ratio, nam si actionem ex stipulatu competere marito fateremur, superflua utiq; esset aut correcta.l.ad exactionem, quod uix tolerabile est arg. prim. constitutionis.C. hæ quidem rationes, nisi alia obstaret facile ab omnibus admitterentur, uerum tamen ad fundamenta communis opinionis difficulter potest responderi, nam pro ea primum adducitur, quod Iustinianus in.l. de rei uxoriæ actione sanxerit actionem ex stipulatu siue interposita stipulatione, siue non, competere uniuersaliter ad cuiuscunq; dotis exactionem, & in ea ex utroq; latere tacitas hypothecas inesse, pariter & stipulationes fingi ut in.§.prim.illius.l. potest uideri. durum itaq; esset contra stimulũ calcitrare, nã Fortunij responsiones duriores sunt, q̃ ut admitti possint. unde satis erit nobis ad suas obiectiones respõdere, illis.n.sublatis cõis opinio uigebit. quoad primã itaq; rationẽ, quã ipse attulit, negandũ minime est fictionẽ nõ introduci á lege nisi aliqua causa subsit, concedendũ tamen nõ est, nullã

hic causam adesse, nam cum principaliter actio ex stipulatione ficta introducta fuerit, ut rei uxoriæ actio tolleretur, quod mulieri haud inutile fuit, quæ plerunq; neq; paciscebatur, neq; stipulabatur dotē sibi soluto matrimonio restitui, ut in. §. accedit eiusdem legis, in consequentiam pariter huius beneficij extensio facta est ad maritum, quem ob onera matrimonij, quæ sustinet, leges magno fauore afficiunt ut in. l. prim. ff. soluto matrimon. à Doctoribus traditur. & actio hæc, cum bonæ fidei sit, utilior ipsi erit, quàm quæ ex. l. ad exactionē cōpetebat, ob multos effectus, quos habet illa actio. ut per totam legem de rei uxoriæ actione, qui in. l. ad exactionem non tribuuntur. Vnde iam non putarem actionem ex. illa lege competere, tunc enim condictione ex lege aliqua experimur, cum nomen actionis non habemus arg. l. de condictione ex lege. ff. unde cum tempore illius legis actione ex stipulatu competente, ubi stipulatio interposita fuißet, ex. l. illa non ageretur, ita & in eo casu dicendū est, quando à lege fingitur stipulatio, nam idem operatur fictio in casu ficto, quod ueritas in uero, ut notatur in. l. filio. ff. de liber. & posthum. præsertim cum in. l. ad exactionem de nomine actionis non agatur, sed qualiacunque uerba sufficere ibi cautum sit ad exactionem dotis. & ex his poteſt reſponderi ad. l. quoties. ff. de acti. & oblig. quæ huic opinioni refragari uidebatur.

An mulier repetens dotem præferatur in hypothecis ijs, qui expressas habent hypothecas. Cap. XXXVII.

QVOD uero diximus suprà actionem ex stipulatu, quæ in locum rei uxoriæ actionis subrogatur, bonæ fidei esse, & quod in ea insint ex utroq; latere tacitæ hypothecæ, idq; principaliter in fauorem mulierum introductum esse ut in. §. accedit. l. de rei uxoriæ actione, Vsque adeo illud extensum est, ut cum ipsa mulier de dote sua experitur. in hypothecis alijs creditoribus præferatur, quod in hoc loco & in. l. assiduis. C. qui pot, in pigno. habean. sanxit Iustinianus. hoc tamen dubitationem recipit. an præferenda sit habentibus etiã expressã, an uero tacitã duntaxat. et multi generaliter intellexerunt tam de expressis quàm de tacitis hypothecis respicientes magis ad generalem legis decisionem, quàm præiudicium creditorum. Pleriq; autẽ durum fore arbitrati, ut ius sibi quæsitum ex sua propria diligentia & conuentione expressa amitteret quis, decisionem. l. assiduis restrinxerunt ad tacitas hypothecas, quæ solum ex legis prouisione quæsitæ sunt, ea potissimum ratione moti, quod lex suum auxilium ex aliqua causa facilius deneget, quàm, quod aliquis sibi ex facto suo acquisiuit. Illud enim iure quodam speciali concedi uidetur, hoc autem iure communi, quod difficilius tolli-

tur, ut Accursius in ea.l. abunde explicat. his addit Gozius hispanus, nempe quod ex conuẽtione hypothecaria ius acquiratur, ita ut nec per principem tolli possit, arg. eorum, quæ traduntur in.l. ultim. C. si contra ius uel utilita. public. Sed ad hoc responderi potest, quod principi licitum sit ex causa aliqua ius quæsitum auferre ut per Salycet. eo in loco & Bald. in.l. iiij. C. de præcib. imper. offeren. at in.l. assiduis. satis probabilis causa exprimitur. his tamen omissis credo priorem opinionem iuri cõsonam esse, neq; ius quæsitum alicui auferri, ut plerique arbitrati sunt, nam in primis certum est.l. illam aßiduis. retrorsum non referri, sed futura negotia respicere, antequam ius alicui quæsitum sit. quod iure optimo fieri posse quis dubitat? nam in concessione iuris ea lex potuit imponi, ut ius acquisitum reuocaretur, quum mulier de dote sua experitur, & tunc ceßaret conuentio siue expressim à creditoribus facta, siue tacite à lege inducta. & hoc est, quod Doctores in.l. ultim. C. si contra ius uel utilitat. posse principem ius quæsitum tollere per generalem constitutionem communiter dicunt, nam & in simili uidemus emptionis contractum pure fieri posse. & sub condicione resolui. quod Vlpian. in.l. ij. ff. de in diem addictione scripsit. Generaliter itaq;.l. assiduis. intelligendam esse, arbitror tam in tacitis. quàm in expressis hypothecis. Sed an in pignoribus procedat? & non crederem, quoniam lex de hypothecis tantum loquitur, un

de cum lex correctoria ſit, non extendetur nam & ſi quantum ad actionem hypothecariam attinet, pignus & hypotheca indifferenter accipiantur, ut ſuprà in. §. item Seruiana, in alijs tamen caſibus differentiam eſſe non ambigitur. Si ergo pignus ante contractum matrimonium traditum ſit, illud quidem mulier non exiget. & hæc declaratio, quæ quorundam fuit, ut inquit Accurſius, quamuis ab ipſo & alijs negligatur, mihi omnino non diſplicet. Hæc autem procedunt iure communi inſpecto, cæterum, ſi conſuetudinem attendamus, aliud erit ſecundum Bartolum in. l. aſſiduis. Qui uſu obſeruatum eſſe tradit, ut illa lex ad tacitas hypothecas reſtringatur. quodſi uerum eſt, non erit dubitandum, quin conſuetudinem, quæ legi omnino non aduerſatur, ſed reſtringit, & quodammodo interpretatur, ſequi debeamus argumen. l. ſi de interpretatione, & eorum, quæ traduntur in. l. de quibus. ff. de legibus. Quod autem Bartolo credendum ſit conſuetudinem alleganti, cum ſit Doctor illuſtris, argumento ſunt ea, quæ in. l. de quibus. ea de re ſcribuntur. quod ego tantum in his locis uerum eſſe faterer, quibus ipſe Bartolus interfuit, at in alijs ei non crederem. nam, cum conſuetudines facti ſint, poſſunt & doctiſſimos uiros latere, ut traditur in. c. prim. de conſtitution, in uolumin. Bonifacij. Cætera, quæ in hac quæſtione hinc inde

afferuntur, referre non curo, quoniam ex his, quæ dicta sunt, resolutio huius quæstionis, ni fallor, potest constare. & hæc sunt, quæ specialiter de actionibus aliquot bonæ fidei occurrerunt.

Ad § . In bonæ fidei.

Quando ipso iure compensatio non fiat, & de cōciliatione huius. § . & . § . compensationes.

NVNC generaliter de natura bonæ fidei actionum, & differentijs, quæ inter ipsas & stricti iuris actiones sunt, tractaturi audiamus in primis Iustinianum materiam huius tractatus de actionibus prosequentem. In bonæ fidei inquit, iudicijs libera potestas permitti uidetur iudici ex bono & æquo æstimandi, quantum actori restitui debeat, quod non est in stristi iuris actionibus, in quibus stricto iure proceditur argumen. l. quicquid adstringendæ. ff. de uerbo obligat. qua ratione olim in his iudicijs inter cæteras illa erat differentia, ut in bonæ fidei iuidcijs compensationes ipso iure admitterentur. Sed in stricti iuris iudicijs, inquit author, ex rescripto diui Marci opposita doli mali exceptione compensatio inducebatur. Sed nostra constitutio eas compensationes, quæ iure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso iure minuant siue in rem siue in personam. Sublata est itaq; uetus illa differentia, durum enim

uidea-

uidebatur debitum & creditum inuicem inter se non contribui, cum plerunq; intersit nostra potius non soluere, quàm solutum repetere ut in.l.iij.ff.de compensationib. & compensatio uim solutionis habeat argum.l.solutionis.ff.de uerb.signific. Sed contra haec opponitur illud, quod infrà in. §. compensationes dictum est. ait ibi Iustinianus. Compensationes quoq; oppositae plerunque efficiunt ut minus quisq; consequatur, quàm ei debeatur. Si igitur debetur, non ergo aut ipso iure debitum minutum est, aut actio pro parte debiti extincta est consequens itaq; uidetur ut uel hic, uel ibi non bene loquatur. Sed quod decisio illius. §. optima ratione procedat, ex hoc ostenditur. nam plerunq; quando in ipsis contractibus nullum est uitium, lex solet actionem admittere. & si aliquid extrinsecus obueniat, quod actioni ex bono & aequo possit obstare, exceptionem inducit. ita fit in literarum contractu, nam ante numerationem exceptio debet opponi ab eo, qui in chyrographo fassus fuit numeratam sibi pecuniam. ita etiam in stipulatione dolo, aut metu facta. Opponenda est enimxceptio doli aut metus. alioqui ex stipulatu conuentes reus condemnabitur. idem est, si cui promissa est pecunia, deinde pactum, sit, ne pecunia petatur, uel in perpetuum, uel ad tempus, quae omnia probantur infra in titulo de exceptionibus. ita ergo uidetur dicendum in compensatione, quae extrinsecus obuenit, ut exceptio opponenda sit. quod hic

negatur. hanc difficultatem à nemine dißolutam uidi, à Zasio autem nouiter animduersam, qui alijs onus eam dissoluendi relinquit. quasi uero parui sit momenti illud non examinare, quod ad textuum declarationem & conciliationem pertinet. Vt igitur hæc difficultas tollatur, dico tunc compensationem ipso iure fieri, cum illa apertum ius habet & tunc per exceptionem opponendam esse, cum adhuc liquida non est. Priori casu procedit hic. §. in bonæ fidei. Posteriori autem. §. compensationes. Finge igitur me tibi debere centum, te autem mihi quinquaginta, & hoc manifeste constare, Certe compẽsatio admittetur etiam post sententiam. arg. l. si cum militi. §. cum intra. ff. de compensationib. Finge rursus me tibi debere centum, te mihi quinquaginta, & id quod interest mea, te non soluiße eo loco, quo promisisti, certe in quantitate eius, quod interest compensatio opponi poterit ut in. l. pecuniam. ff. de compensation. neq; antea censebitur debitum meum ipso iure minutum, quàm liquidatum fuerit id, quod interest. ante enim quàm ius apertum habeat compensatio, ipso iure debitum non minuetur in contractibus saltem stricti iuris, quæ in. l. si constat. C. de compensation. & in his duobus paragraphis probantur. Sed in bonæ fidei iudicijs, in quibus latior fit interpretatio ex bono & æquo, non erit fortasse usque adeo necessarium compensationem tam aperto iure niti, ut debitum ipso iure minuatur, quantum in stricti

iuris actionibus idq; argumento huius. §. in quo simpliciter cautum est compensationem fieri in bonæ fidei iudicijs, deinde in his, quæ aperto iure nituntur, non esse differentiam inter bonæ fidei & stricti iuris iudicia. quod argumento est in alijs compensationibus differentiam esse, quæ ex eo introducta est, quòd in bonæ fidei iudicij sex bono & æquo procedendum sit, in alijs stricto iure à uerbis non recedendo. idq; & in hoc. §. significatur.

Vtrum dolus dans causam contractui bonæ fidei faciat contractum ipso iure nullum. Cap. XXXIX.

ET ex his originem habuisse uidetur illa differentia communiter recepta, quod dolo dante causam contractui bonæ fidei sit ipso iure nullus contractus, quod in. l. iij. §. ultim. ff. pro socio, & in. l. & eleganter. ff. de dolo euidenter probatur. Secus autem est in contractu stricti iuris, nam & si dolus interuenerit, ualebit tamen quoad actionem producendam ut in. l. y. C. de inutilib. stip. & hæc differentia placuit Bart. ob rationes, quas ipse inexpugnabiles arbitratur in. l. & elegāter. prima est, quod quando dolus purgatur per actionē ex aliquo cōtractu descendentē, illa actio datur, cōtra hæredes ut ī. l. si homiē §. datur. ff. depositi, & . l. ex depositi & . l. ex

contractibus.ff.de action.& obligat. Sed quando dolus dat causam contractui bonæ fidei, actio non datur contra hæredes.ut in.§.aliquando infrá de perpetu. & tempor. Consequens igitur est, quod dolus non purgatur per actionem ex illo contractu, quia nullus est. Verum hæc ratio perfecta non est, non enim probat Barto. ex.§. aliquando non posse agi ob dolum contra hæredem eius, qui dolum commisit, imo si ad hæredem aliquid peruenit, agi posse ibi cautum est. Altera est ratio, q distractus est eius naturæ, quam habet contractus, á quo receditur argum.l.ab emptione.ff.de pactis. Sed dolus impedit omnino liberationem, quæ fit á contractu bonæ fidei ut in.l. & eleganter.§.pri. ergo eodem modo impediet contractum. Sed nec hoc placet, quoniam ille.§.loquitur, quando res, quæ deterior facta est, soluitur, quo casu perfecta solutio non est. & ideo actione ex contractu bonæ fidei agi potest, non autem ex contractu stricti iuris, quoniam ex eo ad dolum agi non potest. & ideo de dolo actio dabitur. Pro contraria parte quam Petrus bella perticensis secutus est. & alij, allegatur.l.& eleganter, ubi quamuis dicatur uenditionem dolo initam esse nullam innuitur actionem ex illo contractu competere dolum passo. quod autem nulla dicitur, illud intelligendum utiq; est, quantum ad effectum uel inspecto illo iure, quod in bono & æquo consistit. & ita etiam respondëri potest. l.iij.ff.de pro socio. Secundo

pro hac parte citatur.l.y. C.de rescindenda uenditio n. ait lex, Si dolo aduersarij deceptum uenditionem prædij te fecisse præses prouinciæ aditus animaduerterit sciens contrarium esse dolum bonæ fidei, quæ in huiusmodi contractibus maxime exigitur, rescindi uenditionem iubebit. Si ergo nulla esset, rescindi non posset. consequens igitur est, ut aliquod ius ex illa uenditione dolo inita nasci dicamus, quod rescindatur. nam actus ille uendendi infectus reddi non posset ut capite primo abunde ostendi. ad idem pertinet.l. Iulianus. §.per contrarium.ff.de action.empti. quam Faber allegat. Tandem pro hac opinione Petrus adducit satis urgentem rationē. Nam contractus metu factus ualet quoad actionem producendam. quamuis exceptio obstet. idq; ea ratione, quia constat omnibus his, quæ ad substantiam & formam contractus pertinent ut in.l.metum. §.uolenti.ff.de eo quod me us. Ergo idem de dolo dicendum est. Nam in metu dolus inesse dicitur in.l. si cum exceptione. §.eum qui eiusdem titul. Hæc ratio urgentissima est, neq; à Doctoribus unquam potuit perfecte euitari. Nam quod aliqui dicunt aliud in dolo, aliud in metu, quia metus non excludit consensum argum.l. si mulier. §.penultim. de eo quod metus.ff. quia saltem est coactus, dolus autem impedit omnino consensum, quia species est erroris arg. .l. si per errorem.ff.de iurisdictione om.iud. hoc profe-Hoc profecto difficultatem non tollit, quid enim tam

sus, nisi ex bono & aequo procedatur. nam & hoc ad substantiam illorum pertinet. & ideo nullius sunt momenti tales contractus dolo initi. neque opus est ullam fictionem inducere. At in contractibus stricti iuris satis est quo ad producendam actionem consensum interuenire. Sed quia in omnibus bona fides exigitur quo ad exactionem ut in. l. bona fides. C. de action. & obligat. ideo doli exceptio obstabit. hanc puto facillimam rationem esse differentiae ex qua tollitur ultimum Petri fundamentum. Nam quod de metu opponebat, diuersam habet rationem, facilius enim potest circa metum, quae est doli species, prouideri, cum de illo constet. alioqui consentire & metui renunciasse praesumetur arg. l. si mulier. §. penul. Ad alia Petri fundamenta respondent Doctores scilicet contractum dolo initum ipso iure nullum censeri contra fallentem, non autem in odium dolum passi. nam bona fides exigit, alicui actionem ex eodem contractu competere, ut dolosus, in quo deliquit, puniatur. Quis autem effectus sit contractum esse ipso iure nullum, ualidumue. Ioannes Faber in. §. Actionum ostendit.

Cuius temporis æstimatio facienda sit tam in bonæ fidei, quam in stricti iuris actionibus, tnm multæ leges declaratæ.

Cap. XL.

RESVLTAT & *alia differentia inter bonæ fidei actiones, quæ ex bono & æquo terminantur, & stricti iuris iudicia, in quibus stricto iure proceditur secundum plurimorum sententiam, q. in illis æstimatio rei debitæ fit à tempore moræ, item & ab eo tempore uenit id, quod interest. ut traditur in. l. datio. §. si per uenditorem, & l. si sterilis. §. cum per uenditorem. ff. de action. empti. in his autem accepto demum iudicio causa omnis restituenda est, ut manifeste cauetur in. l. cum fundus. ff. si cert. peta. item æstimatio eius temporis fit, cum lis contestata est ut in. l. ultim. ff. de condictioue triticaria. & l. uinum. si certum petat. secundum multorum intellectum. atq; hinc est. quod fructus in bonæ fidei iudicijs à tempore moræ debentur, in actionibus autem stricti iuris ex æquitate à tempore accepti iudicij ut in. l. uideamus. ff. de usuris.* Sed contra hæc omnia insurgunt Doctores, *contendentes rei debitæ indifferenter tam in actionibus bonæ fidei, q̃ in stricti iuris eius tẽporis fieri æstimationẽ, quo quis in morã incidit. ad idq; moti sunt authoritate. l. uinũ, ubi generaliter petitionis siue in iudi*

cio siue extra iudicium tempus inspicitur. neq; obstare arbitrantur. l. ultim. de conditione triticaria. quoniam illam intelligendam esse nulla petitione seu mora ante iudicium facta. Sed hæc responsio prædura est, non enim facile euenire potest, ut mora non præcedente ad iudicẽ perueniatur teste Papiniano in. l. iij. ff. de usuris. esset itaq; intelligere illam legem in casu raro contra. l. nam ad ea. ff. de legib. respondent insuper ad. l. cum fundus. & fatentur fructus non uenire tanquam fructus in actionibus stricti iuris ante litem contestatam ut in. l. uideamus, uenire tamen tanquam id, quod interest, cuius differentiæ hic effectus traditur à Bartolo in. l. si filius §. prim.. ff. de uerbor obligat. nam si aduersus colonum agat quidam uir nobilis, utiq; si petat omnes fructus ex fundo perceptos, petet plus, quàm sua intersit, non enim ipsi omnes fructus acquisiti fuißent, nam is alteri colono fundum locasset. Hæc Bartoli declaratio mihi non placet, quoniam quid si aliquis agat, qui fundos suos colere consueuit? Deinde quis docuit Bartolum in obligationibus dandi, quæ nascuntur ex contractibus, stricti iuris, uenire id, quod interest? Nam aut res promissa omnino petetur, aut æstimatio illius ut in. l. ubi autem non apparet. §. ultim. & l. si seruum. §. ultim. ff. de uerbor. Aliud autem est loqui de æstimatione rei, aliud de eo, quod interest, quod latiorem habet significationem. idq; notum est. ex his itaque apparet adhuc fundamenta al-

terius partis uigere, per quæ restringi posset decisio illa generalis. l. uinum, maxime cum in eius principio de petitione per iudicem facta loquatur Iulianus. Sed *illi obstant præterea aliæ rationes, & leges, nã primum certum est moram, quæ ex lapsu temporis in contractu appositi tacite uel expressim fit, inspici oportere ut in eadem. l. uinum. & in. l. quoties & sequenti de uerbor. obligat. ad hanc rationem respondet* Decius *in. l. uinum, illud ideo esse, quia tempus futurum præuideri potest. illi ergo, qui non præuidit, & negligens fuit, est quod imputetur. secus, quando tempus non est appositum arg. eorum, quæ tractantur ut in. l. si insulam. ff. de uer. oblig.* Adducitur *præterea. l. penultima de condic. tritica. ubi si agatur de æstimatione rei deterioris effectæ, inspicitur moræ tempus, sed & ad illam legem responderi potest. q loquitur de æstimatione quanto minoris, nam tunc actori magis fauendum est, qui quodammodo de damno illato agit, secus esset in æstimatione quanti plurimi. uerum tamen in his animus non conquiescit, nam responsio ad. l. quoties. ff. de uerbor. obligati. non tollit difficultatem huius articuli. nam & si uerum est differentiam esse, cum tempus præuideri non potest, ut patet exemplum in. l. si decem cum petiero de uer. oblig. tamẽ si tu promittis mihi uinum pure, præsenti die debetur ut in. l. eum qui. § . prim. eiusdem tititul. & statim te dare oportere intelligere debes argum. l. quod te. ff. si certu.*

pesat. præterea.l. uinum respicit ad tempus petitionis, Lex autem quoties. ad illud tempus, quum peti potest. & in utraque de actione stricti iuris agitur, in.l. in hac inspicitur tempus moræ, cum actio, de qua ibi agitur, sit stricti iuris. est enim condictio triticaria. tandem in.l. ultima. de condic. triticar. inspicitur tempus litis contestatæ. Quid ergo dicendum in hac legum uarietate, cum ex dictis Doctorum nulla probabilis declaratio adferatur? Putauerim hoc pacto leges illas conciliari posse, ut imprimis distinguamus, an species aliqua debeatur, an uero aliquid, quod functionem in genere suo recipiat, ut est oleum, frumentum, & similia, Priori casu, quo ad æstimainonem quanto minoris tempus moræ inspicietur ut in.l. in hac. Quo ad æstimationem uero quanti plurimi tempus condemnationis, seu mortis ut in eadem lege. Posteriori autem casu subdistinguendum est, An ex mutuo debeatur, & tunc tempus petitionis etiam extra iudicium ut in.l. uinum, usque ad tempus accepti iudicij. ut in.l. ultim. Cum enim mutuo aliquid do, interpretatur lex me eo animo dare, ut accipientis fiat, & eo uti poßit. ut deinde idem in genere restituat, cum petiero congruo loco & tempore, prout declarat Accursius in.l. uinum. Sin autem ex stipulatu, aut alio contractu debeatur pure, quoniam præsenti die debetur, uel intra modicum tempus ut in .l. cum qui Calendis paragrapho primo.

de uerbor. obligat. & l. quod dicimus. ff. de solutionibus, ab illo tempore, quo peti potest, usque ad litem contestatam æstimatio fiet ut in. l. quoties. & l. ulti. de condic. triticar. inspicietur autem tempus, quo peti potest, quia debitor intelligere debet se tunc dare oportere argum. l. quod te. ff si certum petat. & hæc intelligenda sunt, nisi dies expressus sit. quoniam tunc contrahentes ad illius temporis æstimationem præcise uidentur respexisse. & ita intelligo. l. ultim. de codic. tritic. In contractibus autem bonæ fidei non solum inspicitur tempus moræ usque ad litem contestatam, uerum etiam rei iudicandæ tempus ut in. l. iij, § . in hoc. ff. commodati. quod nunc declarabimus.

Disputatum de intellectu. l. iij, § . in hac. ff. commodati. tum uariæ leges explicatæ.
Cap. XLI.

QVONIAM igitur obtulit se nobis difficilis ille textus. L. iij. § in hac. ff. commodati. uarijs modis à Doctoribus intellectus, non erit extra ordinem instituti nostri, in eo aliquantum uersari. cum & alia inter bonæ fidei & stricti iuris iudicia ponatur differentia. ait lex, In hac actione, sicut in cæteris bonæ fidei iudicijs, similiter in litem iurabitur, ut rei iudicandæ tempus, quanti res sit, obseruetur, quamuis in stricti iuris iu

diciis litis contestatæ tempus spectetur, Ioannes doctor antiquus interpretatur hunc textum, ut in bonæ fidei iudiciis tempus rei iudicatæ inspiciatur, ita ut à tempore moræ usq; ad sententiam habeatur ratio maioris æstimtionis, cum in stricti iuris iudiciis habeatur ratio usq; ad litem contestatam. Sed iste intellectus reprehenditur à Doctoribus, *quoniam exponitur dictio quamuis, pro cum, quod est contra proprietatem dictionis quamuis. ideo alij aliter intelligunt, quod principium loquatur de æstimatione, quæ fit per iuramentum in litem, in uersiculo autem, & rei, agatur de fructibus, qui ueniunt à tempore rei iudicandæ, id est moræ, quo tempore debuit res iudicari. Sed in contractibus stricti iuris quo ad fructus tempus litis contestatæ spectetur ut in.l. uideamus.ff. de usuris, & l. cum fundus. ff. si cert. petat.* Hunc *intellectum reprehendit* Bartolus, *quia uerbis non conuenit. nam ille sermo, Quanti res sit, non ad fructus, sed ad rei ipsius æstimationem refertur ut in.l. cxciij. de uerb. signific.* Azo *igitur alium intellectum aßignauit, cõsiderauit enim duo tempora, tempus scilicet à quò. & tempus usq; ad quod æstimatio durat, & de hoc loquitur iste textus. secũdum eum. ideo exponit sic, in hac actione commodati, sicut in cæteris bonæ fidei iudiciis, in litem iurabitur, ob dolum commissum tantum ut in.l. in actionibus. ff. de in litem iurando. & hoc iuramentum appellatur affect ionis. postea sequitur, & in his actio-*

nibus, quando scilicet fit æstimatio per testes, tempus rei iudicandæ à tempore moræ inspicietur. In stricti uero iuris actionibus tempus litis cotestatæ non ultra, & hoc à tempore moræ argum, l. in hac de condic. triticar. & l. uinum. Si cert. petat. Hic intellectus reprehenditur à Bartolo, quoniam & in actionibus stricti iuris inspicitur tempus sententiæ argum. l. ubi. §. prim. ff. de ædendo, & quia sequeretur, quod per litis contestationem efficeretur actor deterioris conditionis contra .l. non debet. ff. de reg. iur. Alij intellectus ueterum à Bartolo referuntur in. l. iij.. §. in hac, quos ipse facile repro bat. Tandē ipse ad intellestum illius. §. dicit esse duplex iuramentum in litem, quoddam effectionis, & istud habet locum in actionibus bonæ fidei & arbitrarijs, quoddam ueritatis, & istud præstatur in actionibus stricti iuris, ut traditur in. l. in actoinibus de in litem iurando. Iuramentum affectionis, nunquam defertur nisi ob dolum commissum tu non parendo iudici præcipienti rem restitui ut in. l. in actionibus. & ideo iuramentum illud ad tempus rei iudicandæ, id est sententiæ, referetur. iuramentum autem ueritatis, quod defertur in stricti iuris actionibus, præstatur propter dolum commissum ante sententiam, & ideo inspicitur tempus litis contestatæ, tunc enim procul dubio dolus committitur. Hic quidem Bartoli intellectus, quamuis subtilis, peior est cæteris, quoniam si iuramentum illud affectionis ad tempus tam

latæ sententiæ referretur, non dixißet lex tempus rei iudicandæ inspici oportere, quanti res sit, sed tempus rei iudicatæ quanti res fuit. Præterea in actionnib. bonæ fidei iuramētū affectionis poße præstari testatur Iaso. in. §. præterea huius tit. & notatur in. l. in actionib. Vnde ego facile hunc. §. intelligo fatendo iuramentū in litē duplex esse affectionis, & ueritatis. hoc in stricti iuris actionibus præstari, illud in bonæ fidei iudicijs. Dico igitur ex his, quæ proximo cap. dixi necessario esse hunc textū intelligendum de tempore usq; ad quod durat æstimatio. cum igitur in actionibus stricti iuris tempus litis contestatæ spectetur, ait lex, quamuis tempus litis contestatæ tempus in actionib. stricti iuris spectetur, tamē in actione commodati, & cæteris, quæ bonæ fidei sunt, in quibus potest iudex ex bono & æquo liberius procedere obseruabitur rei etiā iudicādæ tēpus. et iste est, ut credo, uerus & facilis intellectus, in quo dictio q̃uis, ꝓprie accipitur, quē Azo secut9 ē. licet a Bart. imerito reprehēs9. cui nō obstāt Bart. obiectiōes. & primo. l ubi. §. 1. ff. de ædendo. quoniā actio ibi tūc cōpetit ad id, quod interē, cū prætor decreuit, & iußit, ut æditio fieret ut in. l. si qs ex argētar. §. prætor. & i. l. argētari9. §. cū aūt. ff. de ædē. & in hoc casu procdit proprie q̃d Bart. dixit ad itellectū §. in hac, in iuramēto affctiōis. neq; difficili9 respōderi potest ad. l. Iulian9. §. 1. ff. de rei uēdi. nā ibi fuit res iudicata, & homo ante moruus fuit, quàm restitutus, merito

igitur fructuum ratio habebitur á tempoe litis contestatæ usq; ad rei iudicatæ, argumen. l. uideamus. ff. de usuris. & l. Iulianus. Non obstat ratio illa Bartoli, quod per litis conuestationem non debet effici deterior condicio actoris, quoniam non efficitur deterior quo ad ius acquisitum, & quo ad illud, quod sibi debetur tempore litis contestatæ. Satis enim est, quod detur æstimatio illius temporis, quo petit. Nam si tunc soluta esset, quid amplius habuisset, aut consequi potuisset actor, quod circa ipsam rem consistat? arg. l. si sterilis. §. cum per uenditorem. ff. de action. empti & ex his etiam potest intelligi l. homiuem. ff. mand. Si. n. fideiussi pro te hominem certum dari, & solui, tu á principio ad æstimationem illius hominis teneris, nō ad aliud. merito obligationis tēpus spectabitur. quoniam eo tempore soluendo illius æstimationem liberareris, aliud enim non debebas. Sed si hominem ex stipulatu debebas, quia æstimatio non debetur, nisi cum homo dari non potest arg. l. si seruum. §. ultim. & l. ubi autem. §. ff. de uerborum obligat. æstimatio illius temporis spectabitur, quo agitur. ita etiam est in. l. iij. § in hac, ff. commodati. Inspiciendi itaque sunt speciales quarumlibet legum species, ut firmiter responderi possit.

De uarijs differentijs inter contractus bonæ fidei, & stricti iuris, quæ a Doctoribus traduntur, confutatis.

Cap. XLII.

TRADVNTVR & aliæ differentiæ à Doctoribus, quarum aliquot iure probantur aliæ non item, nos aliquas excutiemus, quæ examinatione indigent. Vltra illas igitur, quas uel abunde discussi, uel leuiter tetigi, est alia differentia, quòd in contractibus bonæ fidei usuræ debentur à tempore moræ, ut in.l. mora. §. primo. ff. de usuris, secus est in contractibus stricti iuris, in quibus non debentur, sed stipulatione opus est argum.l. prim. C. de condic. indebiti. &.l iij., C. de usur quod ego ita intelligerem secundum Rogerium, ut actione stricti iuris non petantur usuræ, nisi specialiter de eis actum sit, lite tamen contestata current, & officio iudicis debebuntur ut in.l. lite contestata. ff. de usuris. cuius legis ea est ratio, quoniam usuræ uicem fructuum obtinent, fructus autem in actionibus stricti iuris post litem contestatam ueniunt, si res non est actoris secundum aliquos, ut in.l. uideamus. &.l. usuræ. ff. de usuris. est & alia differentia, quòd in omnibus bonæ fidei actionibus. cum nondum dies præstandæ pecuniæ uenit, si agat aliquis ad interponendam cautionem, iusta ex causa condemnatio fit. In stricti iuris iudicijs non item.

O

quia non in omnibus, sed in illis, in quibus de damno uitando agitur, uel aliqua ratio specialis inſit. alioqui, si nulla eßet differentia, quorſum Papianus m in. l. xli. .ff. de iudicijs, de omnibus bonæ fidei actionibus locutus fuiſſet, niſi, ut cum illas omnino comprehenderet, ſignificaret actiones ſtricti iuris uniuerſaliter compræhendi? Si igitur bene perpendas leges in contrarium allegatas per Accurſium Bartolum & alios in. l. in omnibus de iudicijs. Inuenies in illis aliquam rationem ſpecialem ineße ut ſi paries tuus ruinam minetur in ædium mearum detrimentum ut in. l. prætor. ff. de damn. infec. uel ſi contumacia à debitore commiſſa ſit ut in. l. in poſſeſſorem. ff. quibus ex cauſis in poſſeſſionem eatur. uel ſi mutetur perſona debitoris, ut eſt hæres, & is ſuſpectus habeatur ut in. l. ſi creditores. ff. de priuilegijs creditorum. Communiter tamen receptum eſt nullam eſſe differentiam. nam ſi leges illæ, quæ de ſtricti iuris iudicijs loquũtur, de caſibus ſpecialem rationem, & iuſtam habentibus loquuntur, illud idem neceſſarium eſt in omnibus bonæ fidei actionibus neq; his obſtat, quod Papinianus ſolum de bonæ fidei iudicijs locutus fuerit, quoniam de illis poterat dubitari. nam latius proceditur in ipſis ultra ea, quæ dicta ſunt & cogitata, unde uidebatur alium cauſam neceſſariam non eſſe, ſed in ſtricti iuris iudic ijs, ſtricto iure rigoreq; inſpecto procedi tur. & ita communis ſententia defendi poteſt. Solet tradi & alia differentia in. l. iiij. §. Cato. ff. de uerb. oblig.

Quod in actionibus stricti iuris, in quibus rei uendicatio seu restitutio non continetur, hæredes debitoris pro parte hæreditaria tenẽtur ut in. §. Cato. & l. si tibi homo. §. fundus. ff. de leg. i. secus est in bonæ fidei iudicijs ut in. l. iij. §. hæres. ff. cõmod. Hanc differentiam, & si cõiter admissam Paul. Cast. improbat, quem sequi solitus sum. quoniã in. §. Cato. & §. si fundus ideo pro portione hæreditaria tenentur hæredes, nam obligatio depẽdet à causa hæreditaria omnino, legeq; xij. ta. diuiditur inter hæredes arg. l. pro hæreditarijs. C. de hæred. acti. secus esset, quãdo obligatio ex facto hæredis originẽ haberet & hoc optime ꝓbatur in. §. hæres, si bene perpendatur qua in re amplius insistendũ nõ puto. quoniã ad aliud tẽpus hũc differo articulũ. Traditur per Bal. ĩ. l. cũ allegas. C. de usur. alia differẽtia, quòd in contractibꝰ stricti iuris, ubi est dies, & pœna, nõ admittitur purgatio moræ, secũdũ ea, q̃ tractãtur in. l. si insulã. ff. de uer. ob. secus ẽ in bonæ fidei cõtractibꝰ arg. l. Lucius. ff. de act. ẽpt. ubi si testator, q tenebatur ad materias uẽditas soluẽdas intra statuta tẽpora sub pœna certa, in pœnã cõmiserit partim materijs datis, neq; hæres reliquã materiã exhibuerit, tenebitur utiq; ad pœnã & ad usuras. Si ergo exhibuißet hæres etiã pœna cõmissa à testatore per lapsũ diei à pœna liberãdũ fore eũ innuit textus ille. rationẽ aũt differentiæ hanc tradit Bal. quod per pœnalẽ stipulationẽ nõ nouatur cõtractꝰ bõæ fidei ut ĩ. l. prædia. ff. de act.

& l. si quis à socio. & l. duo societatem. ff. pro socio, & ideo æquum fuit, ut etiam post lapsum tempus admitteretur purgatio moræ. secus in contractibus stricti iuris, qui nouantur per pœnalem stipulationem ut in. l. obligationum. §. ultim. ff. de actionib. & obligat. Verum hæc distinctio Baldi reprehenditur à Doctoribus, approbaturq; illa Bartoli distinguentis inter causam lucratiuam & onerosam. adde quòd in. l. Lucius. non fuit pœna promissa ex stipulatu, quo casu non esset differentia inter contractus bonæ fidei & stricti iuris, imo tunc crederem sortem & pœnam & usuras actione ex empto peti omnino posse, quæ fuit Accursij opinio à Bartolo inconsiderate reprehensa. & si ut Bartolus uoluit. pœna & sors peti simul non possent, non esset ratio differentiæ, quare potius in. l. Lucius. post temporis lapsum admitteretur purgatio moræ. quam in contractibus stricti iuris, nisi diceres purgationem moræ esse ex bono et æquo ut in. l. si seruum. §. sequitur. ff. de uerbor. obligation. & ideo iam in contractibus bonæ fidei admitti, potius q̃ in alijs. id ego non adprobo. quoniam æquũ non esset, ut ius quæsitum alicui ex facto suo lex tolleret. nam contractus ex conuentione partium legem accipiunt ut in. l prima. §. si conueniat. ff. depositi & lex suum potius quàm tuum tibi denegat auxilium. neq; obstat. §. sequitur. loquitur enim de tẽpore legis, quod aliquãdo latius examinabimus. Quid ergo respondebimus ad argumẽ

tum, quod colligebatur ex. l. Lucius, Dicemus ne non ad mitti, quia contra leges est? secundum ea, quæ traduntur in. l. prim. ff. de officio eius cui mandata est iuris i. Sed hæc responsio non tolleret difficultatem. quoniam uerba legis essent otiose dicta. aliter igitur dicamus, quod scilicet ibi dubitabatur de pœna, & usuris simul, quia usuræ uice cuiusdam pœnæ funguntur ut in l. qui sine. ff. de negot. gest. Durum itaque uidebatur aliquem duplici pœna affici argumen. c. At si clerici. §. prim. de iudicijs uolumin. Gregorian. Sed quia hærede non exhibente contumacia crescit, decisum est hic ad utrumque eum teneri. Contumacia enim seu delicto crescente pœna crescit argum. l. relegati. ff. de pœnis. Multæ aliæ differentiæ traduntur, quas superfluum hic esset omnes referre, hæc sufficiant. Veniamus iam ad alias actiones, quæ neque bonæ fidei sunt, neque omnino stricti iuris appellantur, in quibus & officium iudicis plurimum extendi potest.

Ad. §. Præterea.
DE Arbitrarijs Actionibus.

Cap. XLIII.

HAE autem actiones arbitrariæ sunt, id est ex arbitrio iudicis pendentes, in quibus nisi arbitrio iu

dicis is, cum quo agitur, actori satisfaciat, ueluti rem restituat, uel exhibeat, uel soluat, uel ex noxali causa seruum dedat, condemnari debeat; in his itaq; arbitrarijs actionibus duae fernnturſententiae, seu duae fiunt condemnationes, quod quamuis fere omnes fateanur, diuersis tamen modis declarant. & Ioannes Faber, qui nimium subtiliter uoluit has actiones explicare, usq; adeo se inuoluit, ut uix seipsum intelligat. Ego ita hāc materiam explicandam esse arbitror, ut si in secunda sententia poena contineatur, poßit reus illam effugere solutione eius quod à principio debebatur, ante sententiam facta. exempli gratia, Si egero actione quod metus causa ad rem metu ablatam, & iudex cognita causa praeceperit rem restitui, nisi restituatur, ad quadruplum condemnatio fiet, sed ab arbitrio prius dato usque ad sententiam habet reus licentiam restitutionem rei facere. haec proban in. l. si cum exceptione. §. quadruplabitur. & in. §. haec autem actio secūdum Haloandri *lectionem. ff. quod metus causa. item si actione in rem, uel ad exhibendum egero, & reus uel restituere, uel exhibere iussus iudicis arbitirio parere noluerit, in eadem actione iuramentum in litem affectionis actori defertur ut in. l. qui restituere. ff. de rei uendic. quod intelligi debet secundum ea, quae in. l. in actionibus. ff. de in litem iurando tractantur. Sunt & aliae actiones arbitrariae, in quibus aliter proceditur. ut si noxali iudicio tecum egero, ut uel seruum*

noxæ dedas, uel damni illati æstimationem, & iudex te cō demnauerit uel ad serui deditionē, uel ad æstimationē quodcunq; malueris, in hoc casu seruus est in præstatiõe, æstimatio aũt in petitione, quoniã illa præcise damnũ il latum æstimat ut in. l. miles. §. decem. ff. de re iud. tãdiu aũt locus erit noxæ deditioni, quãdiu lis contestata non fuerit super æstimatione ut in. l. item ueniunt. §. idem re cte. ff. de petition hæred. Idem dicendũ uidetur, si cõtra eum, qui certo loco se dare promiserit, egero siue ex sti pulatu, siue ex cõstituta, siue etiã ex mutuo, aut ex testa mento actionem intendero in alio loco, q̃ promissum est, nam id quidem permissum est ex æquitate ut in. l. 1. ff. de eo quod certo loco. tunc enim iudex condemnabit eũ, ut aut loco conuento soluat, aut in eo, in quo actũ est. Si in loco promisso soluerit rem, aut quantitatē promißam, ni hil aliud debebitur. Si noluerit eo loco soluere, & cõuen tus fuerit ob sententiam latam, condemnabitur ad omne id, quod interest, cuius solutione potuit liberari re solu ta ante susceptum iudicium, & totum hoc fiet in eadem actione. Et ex his declarari poterit facillime. l. hæres ab sens, §. ultimo. ff. de iudicijs. ubi inquit Vlpianus illud sciendum eße, eum, qui ita fuit obligatus, ut in Italia sol ueret, si in prouincia habuerit domicilium, utrobiq; posse cõueniri, & hic & ibi. Potest enim in prouincia cõueniri ubi habet domiciliũ, ut iudex eũ condēnet, uel in Italia sol

uat quantitatem promissam, uel in prouincia omne illud quod interesse poterit in Italia solui. Ex his etiam exemplis ita facile explicatis, poteris omnes actiones arbitrarias cognoscere. Qua in re amplius non puto cōmorandum, ut uideant alij quàm breuiter hoc potuit declararari. quod Faber diffusissimis uerbis & alij non minus prolixe tractarunt. In his autem actionibus, quemadmodum & in bonæ fidei, permittitur iudici ex æquo & bono secundum cuiusque rei natnram æstimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat.

Ad. §. Curare.

Quomomodo intelligendum sit certæ quantitatis, uel rei sententiam ferendam esse.

Cap. XLIIII.

SED non tam permittitur iudici tam in arbitrarijs, quàm in bonæ fidei actionibus æstimare ex bono & æquo, quemadmodum actori satisfieri oporteat, quin curare debeat ante omnia, ut omnino, quantum possibile ei sit. certæ quantitatis uel rei sententiam ferat, etiamsi de incerta quantitate apud eum actum sit. nam si in actoris potestate non sit certum petere, petitio admittenda erit. utpote quia duo alternatim debentur, & electio ad debitorem pertinet, uel si ad id, quod interest agatur, cuius æstimatio à iudice facienda est. ideoq; in his casibus incerti agendum esse legibus cauetur, quod Decius

in.l.certi condic.ff.si cert.petat. aduersus quam plurimos defendit. in his tamen casibus curandum est, ut quamuis petitio incerta ex necessitate quadam admissa sit, sententia certæ quantitatis uel rei feratur. Item si uniuersali uel generali iudicio agatur, super eo, de quo lis est, sententiam ferat iudex, etiam si quantitatem non exprimat, ut si peto hæreditatem, qua in re illud contine tur, ut me esse hæredem iudex declaret, quod traditur in.l.licet minimam .ff.de petitione. hæredita. cætera, quæ propter ius hæreditarium debentur, in consequentiam uenient. & ideo si iudex in sententia pronunciauit me hæredem esse nulla quantitate expressa, illud satis erit. Quoniam certæ saltem rei, de qua principaliter litigabatur, sententia lata est. Quod si de rebus hæreditarijs dubitetur, iam alia erit lis seu controuersia. inde fit, ut iudices soleant uictos uictoribus in expensis condemnare, seu in fructibus, nulla expensarum fructuum ue taxatione facta. Quoniam condemnatio ad hoc refertur, ut uictus non solum ad rem principalem, uerum etiam ad expensas teneatur. solum enim hoc in genere deciditur uictum scilicet ad expensas teneri. & quatenus, ad hoc pertinet, certa est condemnatio expensarum. Quod si de expensis in specie dubitetur, tunc expensarum quantitas exprimenda est uel à iudice, qui sibi taxationem reseruabit, uel ab alio, si non reseruauit, ut tradit Bartol. in.l.iij.C. de fructibus & li-

tium. & ex his multæ sententiæ defendi poßunt, de quibus fit mentio in.l. prim.ij. C. de sententijs quæ sine certa quantitate proferuntur. ex his etiam potest optime declarari lex ultima eiusdem tituli. in qua Doctores in Rubrica.ff. soluto matrimonio plurimum defatigantur. Si enim petatur dos, quæ liquida non sit, quia non constet, quæ sint res dotales, de quibus dubitabatur, & quæstio erat, quamuis libellus incertus ex causa soleat admitti, in sententijs tamen maxime curandum est, ut certæ sint, neque satis est iudici ita condemnare, solue, quæ accepisti, neque etiam dotem restitue, sed quantitas uel æstimatio rerum dotalium, aut deperditarum aut penes maritum existentium exprimenda est, aut ante sententia ferenda non est. Diuersam enim rationem, habet sententia à libello. Nam cum libellus sit principium causæ, potest iudex certus reddi ex his, quæ in litis progressu probabuntur, quod satis est. argumen.l. penultim.C. de sententijs quæ sine certa quantitate. Sententia uero, per quam lis finitur, nisi certa sit, potius litem augebit, quàm minuet.

Ad. §. Si quis agens.

De plus petentibus, & specialiter de eo, qui tempore plus petit.

Cap. XLV.

NEGANDVM tamen non est, quin actor curare debeat, ut certum libellum porrigat,

atque exhibeat iudici, ut reus possit deliberare, an cedere uelit, contendere ue. Nam aduersario hoc petente, libellus incertus regulariter non solet admitti. ut traditur in. l. ædita. C. de ædendo. & l. prim. ff. eiusdem tit. sed & curare debet, ne plus intentione sua consequatur quàm ad eum pertineat, alioqui in pœnas impositas hic à Iustiniano committet. nisi iusta causa probabili ue errore deceptus fuerit. nam tunc corrigere errorē suum permittitur, quemadmodum & ei, qui minus intentione sua complexus fuerit. Plus autem quatuor modis petitur, re, tempore, loco, causa, quod & in. c. prim. de plus petitiqus dilucide explicat summus Pontifex in uolumine Gregoriano. Pœna uero plus petentis olim erat, ut causa caderet. & rem amittebat, id est ius intellige, siue pure, siue in diem, siue sub condicione debitum. Nam & qui sub condicione promittit, iure obligatus dicitur ut in. l. si quis Titius. ff. de uerbor. obligation. quæ obligatio est tanquam principium obligationis puræ, interimq; pendente conditione negari non potest, obligatum eum esse & adstrictum ad faciendum, quod se facturum promisit eueniente conditione, ita ut ab ea quali quali obligatione inuito creditore liberari non possit. Pœnam autem illam, ut a causa caderet, tempore Digestorum fuisse non credo, sed ante illorum tempus arg. l. grege. §. si sub condicione. ff. de pignorib. l. bouem. §. si sub conditione. ff. de ædilitio ædicto. & plerunq; in

uis Institutionibus Iustinianus, cum se ad tempus antiquum refert, de eo sentit, quod fuit ante Digestorum aeditionem ut in titulo de fideicommiss. haereditat. & alijs similibus. eum tamen, qui ante tempus in ius aliquem temere uocabat, uiatica litisq; sumptus, si rursus agere uolebat, soluere oportuisse non solum Digestorum tempore, uerum & antea existimo. arg. l. eum quem temere. ff. de iudicijs. id que hoc rationem habet. Hodie uero ea poena soluetur, quae nouiter imposita est etiam in debito condicionali argumento eorum, quae dixi, & nunc dicā. Quamuis multis immerito reclamantibus. nam dubium non est tempore plus petere, qui ante condicionem petit. Cum igitur simpliciter poena duplicationis induciarum plus tempore petentibus imposita sit, cur non & is comprehendetur, qui ante condicionem petit? cum plus tempore petat? cur uerba generalia restringentur? quae comprehendunt omnes illos, qui ante tempus pactionis uel obligationis litem inferre ausi sunt, ut poena duplicationis induciarum, quas ipsi actores sponte indulserint, uel natura rei continet, ut. in. §. hodie. inf. de except. teneātur? Neque enim his obstat, quod tēpus incertū sit ante condicionis euentum, consequenterq; non posit, dum incertum est, duplari, quoniam ex euentu certum fiet, & tunc à lege ipsa duplatum censebitur, quod Bartolus in .l. pecuniam. ff. si cert. petat. recte defendit, idq; in. c. primo. de plus petitionibus. indubitatum reliquit Gregori-

us nonus. Vbi non tam ius nouum inducit, quàm ius antiquũ declarat, ac confirmat. Sed an totum tempus duplicetur? & communiter receptum est totum duplari aliudq; in pœnis corporalibus obseruari ut in. l. aut qui damnum. §, quisquis. ff. de pœnis. idq; argum. l. quid ergo. §. pœna grauior. ff. de his qui notant. infam. & cum magis parcendum ei sit, qui certo tempore in carcere apprehensus fuit, & pœnam delicti commißi soluit pro parte, & tandem pœnam corporalem euitauit, quàm ei, qui ad lucrum pecuniarium indebite & perperam agit. id quod uerius puto. & hæc satis de plus tempore petenti.

De eo, qui causa plus petit, & de differentia inter generis promissionem & duarum rerum alternatiue promissarum.

Cap. XLVI.

QVOAD eum uero, qui re plus petit, nihil dicendum occurit, quod difficultatem habeat. de illo autem, qui loco plus petit, nonnulla iam dixi capite XLIII. Superest ut aliquid de eo, qui causa plus petit, tractemus. Causa plus petere dicitur, qui Stichum in specie petit, cum Stichus aut Pamphilus promißi sunt alternatiue, uel homo in genere. quia illud tantum petitur, quod sub obligatori ijs uerbis continetur, siue enim

Stichum soluam, siue Pamphilum, eius solutio obligatio nem tollit. Perinde est atque, si is tantum, qui solutus nominatim in obligatione promissus esset argum. l. cum incertus. ff. de legat. 1. Inter obligationem autem generis & alternatiuam hoc interest secundum Bartolum in l. cum is.. ff. de condic. indebiti, quem plerique secuti sunt, quod si promissum sit aliquid in genere, nulla species dicitur esse in obligatione. Si uero duo alternatiue promittantur, utrumque est in obligatione, ita tamen, ut unius solutione obligatio tollatur. Opinio hæc, quãuis carere ratione uideatur, defendi tamen poterit aliquali consideratione. & imprimis uidetur probari in l. qui decem. §. Stichum. ff. de solution. Vbi cauetur quod si quis promiserit Stichum aut Pamphilum, si Pamphilus fuit stipulantis tempore contractus, non liberabitur promissor Pamphilum dando, quoniam nec obligatio nec solutio in eo homine constitit. Ergo uidetur, quod obligatio constitisset, si promissoris fuisset. Secus est in eo, qui hominem in genere, promisit. cum enim a principio nulla obligatio in speciebus generis consistat, non requiritur, quod à principio in aliquo homine specialiter obligatio consistat. & ideo liberabitur soluendo Pamphilum, qui à principio fuit stipulantis. ad obligationem enim generis respiciendum est. Secundo probatur hæc differentia in l. si unus. §. sed si stipulatus. ff. de pactis. Vbi cauetur, quod si Stichum aut Pamphilum debeas,

& pactus fuerim ne peterem Stichum, tota obligatio sum movetur. quoniam cum fundamenta illius obligationis essent Pamphilus & Stichus. deficiente alterutro fundamento. obligatio corruit. Secus fuisset, si hominem in genere promisisses, & pactus fuerim, ne Stichum peterem, quoniam cum obligatio non consistat in speciebus, sed in genere propter pactum de non petendo Sticho, non corruit obligatio, quæ in genere & intellectu consistit. Tertio hæc opinio probatur in .l. cum is. §. ultim. ff. de condict. indebi. ait lex, Qui hominem in genere promisit, similis est ei, qui hominem aut decem promisit. & ideo si cum existimaret se Stichum promisisse, eum dederit, eundem condicet. Ille enim indebitus est, & ideo condictione indebiti agetur. secus esset, si Stichum aut decem promisisset, nam cum Stichus sit in obligatione alternatiua, non posset repeti tanquam indebitus.. arg. l. si is cui. ff. de legat. ij. quam legem ita concilio cum .l. cum is. quicquid alij dicant. Sed contra hanc differentiam obijcitur .l. Meuius. §. duobus. ff. de legat. ij. Vbi cautum est, quod si homo generaliter duobus testamentis legatus sit, & Stichus solutus fuerit, & deinde à legatario alienatus, ab altero hærede non poterit. solui. Hominis enim legatum orationis compendio singulos homines continet. Vtque ab initio non consistit in ijs, qui legatarij fuerūt, ita frustra soluitur, cu⁹ dominiū postea legi

tarius adeptus est, tametsi dominus esse desijt legatarius. Verum ad hanc legem respondendum est, Primo; quod una & eadem species ex duabus causis lucratiuis non potest peti. Quod autem dicitur hominis legatum non consistere in ijs, qui legatarij fuerunt, ita accipiendum est, ut genus consistat in suis speciebus, quae tunc generi accommodari possunt. non tamen propterea consequens est, quin postea poßit consistere. neque etiam sequitur species esse in obligatione. Genus ergo uno tempore secundum subiectam materiam potest continere plures species, quam alio. nam & solet restringi, ne censeatur illas species continere, quae tunc non possent dispositioni conuenire. A principio igitur constat, quod legatũ hominis nõ potest pertinere ad illos homines, qui tunc essent legatarij. quoniam tunc in illis legatum, solui non posset. & ita illum. §. intelligo. Secundo *contra hanc differentiam obijcio, quod ratio differentiae adsignari non possit inter obligationem generis, & alternatiuam. nam quemadmodum cum incertus homo promittitur, aut legatur, praecise nullus homo promissus aut legatus censetur, non enim* Petrus, non Ioannes, *sed ille, quem promissor aut haeres tradiderit argumen. l. cum incertus. ff. de legat. prim. ita etiam dicendum uidetur, cum* Stichus *aut* Pamphilus *promittuntur. nam* Stichus *praecise non debetur, non* Pamphilus, *sed is, quem promissor elegerit, aut rei euentus declarauerit, legatus*

esse censebitur. Certe durum uidetur assignare differentiæ rationem, sed ego crederem ita resoluendam, ut quando homo in genere promittitur, consistat obligatio in genere ipso, quod in intellectu consideratur, non in speciebus, de quibus facta non est mentio. quando autem duæ species alternatim promittuntur, puta Stichus aut Pamphilus, quia de illis specialiter mentio facta est in uerbis obligatorijs, in obligatione etiam esse uidentur, ita ut non magis una, quàm altera, neq; una præcise, aut ambæ copulatiue, sed alternatiue compræhendantur sub obligatione. imo defendi potest ambas contineri, sed ita ut unius solutione obligatio tollatur. potest enim aliquid ita esse in obligatione, ut respectu alterius rei soluendæ obligatum sit. Res igitur *alternatim promissæ specialiter, quoniam de illis specialiter facta est mentio, non autem ad genus uerba obligatoria directa sunt, erunt ad inuicem obligatæ altera alterius respectu.*

De illo casu, quando unum est in præstatione, alterum in petitione, & de intellectu. l. Si quis stipulatus fuerit decem in melle. ff. de sol.

Cap. XLVII.

HVIC rei *similis est ille casus, quando duo ita debentur, ut unum sit in præstatione, alterum in petitione. exempli gratia,* Si *testator legauerit pænum Titio, & si hæres pænum non dederit, centum, hoc casu, li-*

cet pœnus sit in obligatiōe ut in .l. si pœnū. ff. quādo dies le. ced. peti tamē nō poterit. finge enim legatariū ab hæ rede petere pœnū, hæres utiq; excipiet in potestate sua esse cētū dare, si pœnū nō soluerit. erit ergo pœn⁹ ī præstatiōe illa. n. præstita cōdicio legati cētū deficit. quod si nō det, & in morā incidat, cōdicio illa, si nō dederit pœnū, adīpletur. & lite cōtestata, quo tēpore nō licet morā purgare, centū oīno erunt præstāda. ita intellige. l. pri. ff. de pœnu leg. illud idem dicerē in casu. l. obligationū. §. ul. ff. de actionib. & obligationi. quod aliquando in. l. ita stipulatus. ff. de uerb. obligat latius examinabo. Aliud exemplum est, cum ob noxiam commissam damnatur aliquis aut noxam dedere, aut æstimationem damni illati. nam eo casu, quia æstimatio damni illati subrogatur in locum illius utilitatis, quam habuisset actor damno non illato, inetrpretatur lex æstimationem ita demum solui oportere, si noxa non dedatur, cuius dedendæ facultas erit, quamdiu lis non sit contestata. ut in. l. miles. §. decem. ff. de re. iud. & l. item ueniunt. §. idem recte. ff. de petitio. hæred. idem dicendum est secundum Doctores cum quis stipulatur decem in melle, nam mel in præstatione, decem autem in petione esse intelliguntur ut in. l. si quis stipulatus. . ff. de solution. Sed quia istud exemplum magnam habet difficultatem aliquantum in eo declarando insistendum est. nam hoc casu potius uidetur, quod mel sit in obligatione, & illud peti posit, quia, cū

ftipulor decem in melle, perinde eſt, atq; ſi ſtipuler tantam mellis quantitatem, quæ ualeret decem. quare Accurſius ibi exponit illud exemplum, Si quis ſtipulatus ſit decem in melle, id eſt, decem aut mel. ſed hæc expoſitio non congruit literæ, ideo aliter dicit, quod ſcilicet decem antea debebantur, & pro illis decem mel fuit promiſſum. Verum & iſtud eſt diuinare, & addere, quod non eſt in uerbis legis. Vnde ego ita dicerem, quod, qui tenetur ad aliquid in genere dandum, liberaretur ſoluendo æſtimationem arg. l. uinum ff. ſi cert. petat. & quæ ibi Alciatus tradit, & . l. ultim. ff. de condic. tritica. tum quia non poſſet compelli ad emendum mel argumen. l. ſtipulationes. non diuidun. ff. de uerbor. obligat. tum quia non uidetur magis intereſſe actoris genus accipere, quam æſtimationem, unde poſſit emere illud, in quo affectio non cadit. & ideo ſi promiſſor in mora ſit mel non ſoluendo, poterit utiq; agi ad mel ſoluendum, ſi maluerit ſtipulator. quemadmodum poteſt agi, ut fiat aliquid. condemnatio tamen in æſtimationem, ſeu id, quod intereſt, fiet. poterit etiam agi ad æſtimationem, quemadmodum aduerſus eum qui facere promiſit, ad id, quod intereſt. & quemadmodum aduerſus debitorem generis ad æſtimationem cõdictione triticar. ut in. l. ul. de condic. trit. & tunc lite iam conteſtata ob morã promiſſoris nõ erit locus mellis ſolutioni. nõ aũt negatur, quin mel peti poſſit, ueluti et uinũ mutuo datũ ut in. l. uinũ. ſed mellis ſolu

tioni locum non esse decem petitis cauetur. Dicamus itaq; mel non esse in petitione, quæ ad mellis solutionem efficax sit, sed ad hoc solũ efficaciã habeat, ut iudex ad æstimationem condemnare possit. quod in præcedentibus alijs casibus non ita est cautum. & ideo in illis, qui peteret, quod in præstatione est duntaxat, plus causa petere censeretur.

Ad. §. Sin minus.

Vtrum necessaria sit noua litis contestatio, si quantitatem petitam uelit actor augere, & de intellect huius, §.

Cap. XLVIII.

DICTVM iam est de illis, qui plus petunt, quod excußione dignum uidebatur. nunc de eo, qui minus petit, uideamus. & Iustinianus, Si minus ĩquit intentione sua complexus fuerit actor, quàm ad eum pertineat, Veluti cum decem ei deberentur, quinq; sibi dari oportere intenderit, Aut si cum totus fundus eius esset, partem dimidiam suam esse petierit, sine periculo agit. in reliquum enim nihilominus iudex aduersarium eodem iudicio ei condemnat ex constitutionibus diuæ memoriæ Zenonis. Ex his Iustininiani uerbis simpliciter intellectis adnotant pleriq; licitum esse libellum emendare etiam post litem contestatam, nomineq; amplioris summæ in eadem instantiã ex eodem libello cõdemnati-

onem fidei posse, dummodo ex eadem causa descendant, quod & in libello petitum est, & postea additum, neq; his obstare arbitrantur. l. non potest. ff. de iudicijs, quoniam illam legem intelligendam esse in ijs, quæ post iudicium accidunt, ut Faber hic tradit. Frequentior tamẽ est contraria opinio, quod alia instantia fieri debeat. huiusq; potissimum fundamentum est ·l. non potest, ubi Paulus generaliter non potest, inquit, uideri in iudicium uenisse id, quod post susceptum iudicium accidit, ideoq; alia interpellatione opus est. Quodcunq; igitur accide rit, & emerserit post iudicium, nisi nouiter petatur, in iudiciũ nõ uenit, & ideo alia interpellatione, alio libello seu litis contestatione opus est, a qua noua incipit instantia. &, qui hanc opinionem sequuntur, respondent ad hũc §. cum dicitur in eodem iudicio condemnationem fieri posse, id est, coram eodem iudice, quod absonum est, ut hic Iason recte ostendit. alij aliter exponunt, quorum ex positio tenenda non est, nam dum existimant, quod petitum est emendari posse ante litem contestatam, & ita intelligendum esse hunc. §. certe nimis restringunt, uerba generalia huius. §, adde quod, qui actionem dedit ante litem contestatam, petere non censetur, sed uelle petere ut in. l. amplius. ff. rem ratam haber. unde cum. l. ædita. C. de ædendo. generaliter emendationem libelli permittat, prout ædicti perpetui monet authoritas, uel ius reddentis decernit æquitas, cur non emendatio-

nem libelli etiam lite contestata admittemus dictante illud æquitate? aut quod inconueniens erit restringere illam.l.non potest, ut non procedat in casu illius. §.quod si intelligas idem iudicium in genere, prout ego aliquando interpretabar, id est, quod licitum sit eodem iudicio siue depositi, siue empti agere ad reliquum argu.l.ij ff. si cer.petat.& l.iij.C.de negot.gest.quid noua Zenonis constitutio operabitur? cum illud idem iure Digestorũ permissum sit? arg.l.cum queritur.ff. de exception. rei iudi. nisi diceres plerunq; factum fuisse à Iustiniano, ut quod ipse nouiter constituit, in Digestorum uoluminib. ponat arg.l. prim.C.communia de leg.& l.prim.ff.de legat.prim.eademq; ratione fieri potuisse in hac Zenonis constitutione & propter istam solutionem defendi posset communis opinio, quæ in se rationem illam habere uidetur, nã si noua interpellatio necessaria est in his, quæ post susceptum iudicium debentur, multo magis in his, quæ antea debentur.nam magis in hoc, quàm in illo casu imputandum est actori, qui cum potuerit omne debitũ in libello exprimere, non expressit.aliter tamen crediderim defendi posse opinionem communem, & cum altera conciliari, ut dicamus dubitandum non esse, quin noua interpellatione opus sit, & noua litis contestatio, posse tamen iudicem in eodem iudicio, id est, in eadem sententia arg.l.iij.§.idem scribit.ff.de pecu. super utroque condemnare. non enim hoc legibus refragatur. &

ita facillime conciliatur. l. nō potest, cū hoc. §. qui nihil de petitione tractat, sed de condemnatione, iudicio, & sẽtentia, quod si fortasse iudex prius cognouerit de causa petitionis prius factæ non erit inconueniens eam expedire, deinde aliam terminare, hæc nisi fallor, est facilis huius articuli resolutio. Circa illud autẽ, quod Iustinianus de mutatione libelli prosequitur, uerba non faciam quia in præsentiarum nulla occurrit difficultas. Veniamus iam ad ulteriora.

Ad. §. Sunt præterea.

Nonnulla de actione de peculio, & dotis repetitione, & uia ostensa ad declarandas. l. quod dicitur. ff. de impensis. & l. si is qui. §. pri. ff. de iure dot. & de alijs exemplis huius. §. Cap. XLIX

ET quoniam hactenus uisum est de illis actionibus, quibus semper solidum persequimur, quod nobis debetur. Subdit nunc Iustinianus esse præterea quasdam actiones, quibus non semper solidum, quod nobis debetur, persequimur. Vt ecce si in peculium filij, serui ue agamus.[l] Nam si minus inueniatur in peculio, quàm nobis debeatur, eatenus condemnabit iudex, quatenus in peculio erit. idq; ea ratione, quoniam pater uel dominus ex contractibus, qui ex personis suis intium non acceperunt, dãnum pati non debent ultra uires peculij, quod filijs uel seruis administrandum suo arbitrio concesserunt. filij autem uel serui, qui aliorum potestati subditi sunt, &

nihil habent proprium argum.l. placet.ff.de acquirend hæredita.non poterunt interim condemnari, quia non habent,unde soluant durante dominio,seu patria potestate.quamuis igitur debitum sit natum ex contractu; eius tamen solutio suspendetur,donec peculium sufficiat,uel illud exigetur,quod ex peculio solui poterit.aliud exemplum est, cum mulier de dote agit. nam eo casu eatenus maritus condemnabitur,quatenus potest,id est; quatenus facultates eius patiuntur deducto,ne egeat. itaq; si dotis quantitati concurrant facultates eius,in solidum damnatur,si minus, in tantum quantum facere po potest ob reuerentiam marito debitam, & onera matrimonij.ut in.l.prim.ff.soluto matrim. traditur, Propter *retentionem quoq; dotis repetitio minuitur;nam ob impensas in res dotales factas marito retentio concessa est. quia ipso iure necessarijs sumptibus dos minuitur.hoc autē ita erit accipiendū secundū* Vlpi. *in.l.quod dicitur. ff.de impen.non ut ipsæ res corporaliter minuantur,ut puta fundus,uel quodcunq; aliud corpus.etenim absurdū est diminutionem corporis fieri propter pecuniam, sed ut ius illud,quod uniuersam dotem respicit, minuatur; adeo ut cum antea licitum erat uxori omnes res dotales persequi,impensis factis non liceat,sed maritus in rerū detentione maneat. ex quo apparet ius illud, quod dos appellatur ipso iure minui.* Cæterum *si dotem pro rebus dotolibus accipiamus, nam & in hac significatione*

naturaliter accipitur, dotis diminutio non fit. & ita ego .l. quod cum dicitur .ff. de impensis in rebus dotalibus intelligo. ex qua declaratione potest facile, si bene aduertatur. l. lviij. ff. de iure dotium ita interpretari, ut .l. quod dicitur non repugnet. Vnde quamuis res dotales ad maritum transeant, ius tamen illud dotis directum penes uxorem manet. & ideo quando mulier dotem petit, de rebus dotalibus intelligendum est ut in. l. ultim. C. de senten. quæ sine certa quantitate. Sed & si quis cum parente suo patrono ne agat, item socius cum socio iudicio societatis agat, non plus actor consequitur, quam aduersarius eius facere potest, ne nimis stricto iure utamur aduersus eos; quibus naturli iure & ratione plurimum obnoxij sumus; à quibusq; uel libertatem accepimus, uel geniti sumus, quosq;; si ad inopiam uergerent, alere deberemus ut in. l. si quis à liberis. ff. de liberis agnoscen. Sed & si aduersus socium agamus ob societatem initam, & omnium bonorum communicationem, quod frater nam quandam coniunctionem sapit, non in solidum damnabitur. nam ut inquit Vlpian. in. l. uerum. ff. pro socio, societas ius quodammodo fraternitatis in se habet. inciuile itaq; esset aduersus talem personam tam stricto iure agere, nisi dolum aliquem commiserit, ut eo in loco inquit Vlpianus. idem erit, & si quis ex sua donatione conueniatur. habenda enim est ratio suæ liberalitatis, quando non est, quod donatori imputetur. &

ideo quanto laude digniorem lex reputat donatorem, tanto turpius esse censuit non adimpleri, quod promissũ est ex causa donationis etiam ex pacto nudo. quapropter in tali casu lex actionem permittit ut in. l. si quis argentum. § ulti, C. de donation. Actio autem ex pacto nascetur, ut Accursius voluit in. l. legitima. ff. de pact. sed nomen actionis erit ex illa lege. argum. l. unicæ. ff. de condiction. ex lege. & ita ego in hac re sentio quicquid Bartolus opinetur. quod & Albericus approbat in. l. legitima. aliud exemplum subditur à Iustiniano de compensationibus, quod explicandum est, ut in. §. in bonæ fidei declaraui. Vltimum exemplum pertinet ad eum, qui bonis suis cessit, nam eum, qui fortunis suis spoliatus est, inhumanum uidebatur in solidum damnari. Cæterum si ad pinguiorem fortunam ueniat, in reliquũ damnabitur, ut in legibus de cessione bonorum declaratur. Aliæ etiam sunt personæ, quæ non condemnantur, nisi quantum facere possunt, de quibus tractatur in. l. sunt qui in id. ff. de re iudic. cum legibus sequentibus. Sed hæc quæ retuli sufficiant.

Quod nemo sine actione experiatur, & explicata. l. Si Titius. ff. de uerbor. obligat.

Cap. L.

TANDEM *pro complemento huius operis sciendum est neminem in iudicio experiri. aut ali-*

quem in ius uocare posse, nisi actionem habeat ut in. l. si pupilli. §. uideamus. ff. de negot. gest. & l. quoties. §. item si temporali. ff. de administrat. tutorum. rationiq; id congruit, quoniã si debetur quidpiam alicui, æquum est ius ei persequendi competere. Sed neq; sufficit debitum esse intendere, nisi causam specialem exprimat: unde cognoscatur actionis species, qua quis debitum suum persequitur, ut iudex facile negotium intelligat, & cui ius competat, sine difficultate percipiat. Quamobrem necessarium uisum fuit Iustiniano tam late diffuseq; de actionibus tractare. Verum cõtra hoc commune dictũ, quod scilicet nemo sine actione in iudicio experiri possit, solent à Doctoribus aliquot leges opponi, quibus permißum esse uidetur aliquem in ius uocari nulla prorsus actione competente. & inter cæteras sunt. l. nuda. C de contrahenda & committenda stipulation. & l. si Titius. ff. de uerbor. obliga. quibus Bart. in. l. si Titius ita respondet, ut ideo permissum sit sine actione aliquem conuenire, quoniam ex ipsa litis contestatione statim cõdicio, ob quam actio erat suspensa, adimpleatur, hæc quidem non est æqua ratio, nam quare lex in præiudicium rei illud permittere potest? cum magis fauendum sit reis q̃ actoribus, quãdo reus habet certũ ac indubitatũ ius pro se? & ideo Bart. in. l. ita stipulat⁹. de uer. oblig. melius respõdet ad. l. nuda. quod & si aliqs ex pacto nudo pro-

mittat, tamen si cum primum potest, non adimpleat interpellatus congruo loco & tempore, incidit in moram, ob quam condicio adimpleta esse uidetur, ita tamen, ut ante litis contestationem super pœnali stipulatione locus sit moræ purgandæ, postea uero non sit. non igitur mirandum, si agi potest, utpote condicione adimpleta. sed si stipulatio à condicione, non à dispositione cœpisset, secus esset ut in. l. ita stipulatus amplissime traditur, huic tamen refragatur. l. si filius. ubi Pomponius ait. Si Titius & Seius stipulati essent, fundum illum, si illi non dederis, mihi dare spondes? finem dandi alteri fore, quoad iudicium acciperetur, & ideo occupantis fore actionem ecce ubi permissum est agere pendente condicione, quo tempore actio nata non est ut in. l. cædere diem. ff. de uerb. signific. Bartolus respondet, ideo permissum esse agere, quia per litis contestationem adimpletur condicio, & actio competit, & quia huic responsioni obstat. l. ita stipulatus, ubi in hoc exemplo, Si Pamphilum non dederis centum dare spondes? respondet Papinianus ex Pegasi sententia non antea agi posse, quàm Pamphilus desijsset posse dari, neq; per litis contestationem adimpleri condicionem, respondet Bartolus diuersam rationẽ esse in casu. l. Si Titius, tum ob perplexitatem quandam, tum quia Titius & Seius duobus reis assimilantur. quibus datum est, & licitum occupare actionem. Sed mihi hæc nunquam placuerunt, quoniam nulla est perplexi-

tas. nam si unus ex stipulantibus, uel promissor moreretur. condicio esset adimpleta. & consequenter actio nata. Ius enim adimplendæ condicionis non transmittitur ad alium ut in.l. si decẽ cũ petiero Bart. tradit. neque etiãsi adsimilentur Titius & Seius duobus correis, consequens est agere eis permissum ante cõdicionis euẽtum. Quare ego crediderim ex illo textu non probari, posse agi sine actione, imo illius fore actionem, qui eam occupauerit. iam igitur actio nata erat antequã iudiciũ acciperetur. alioqui occupari non potuisset actio, si nulla fuisset. & quia tota illa difficultas uersatur in conciliandis. l. ita stipulatus & .l. Si Titius, animaduertendum ẽ Papinianum in.l. ita stipulatus. in illa stipulatione, Si Pamphilum non dederis centum dari, principaliter dubitare, quando stipulatio cõmittatur, & decidit tunc cõmitti, cum condicio desinit posse adimpleri. At in.l. Si Titius, Pomponius non dubitat, quando cõmittatur stipulatio à Titio uel Seio facta, sed quando sit finis alteri dandi, & ad hoc decidendum sufficiebat illud exemplum pone, re & enim alia necessaria ad cõmissionem stilationis alijs ex legibus cognoscenda erãt. Ideo Pomponius decidit finem dandi alteri, quum iudicium acciperetur. Quando autem iudicium accipi posset, ex alijs legibus requirendum est. Plerumq; enim solent Iureconsulti, cum de aliquo dubitant, omittere illa quæ necessaria sunt ad ualidiatẽ casus. quoniã ea interuenisse in-

LECTORI

PROFECTVRVS confestim in Hispanias Lector optime, ut quaedam nostri collegij mandato negocia gererem, non potui errata huius uoluminis, si qua essent, omnino ac diligenter inspicere. cuius rei & si me admodum poenituerit, tua tamen humanitas dolorē meū magna ex parte interemit. Confido enim te multa ex cussoris uicio facta esse, multa etiam obliuione quadam potius quàm alio defectu omissa facile cogniturum. nam in pagina 14 in fine ubi scriptum est, Vtrum actiones, quae ex contractu, illud uerbum, quae, & illud signū praecedens.,. superflua sunt. item & in pagina 6 linea 9 est quidquiā pro quidpiam. & in pagina 63 linea 4 est utiq; pro cuique.

Alia id genus inuenies. quae leuiora sunt, quàm quod huius operis authorē nota dignū existimes. Caeterū, quod pertinet ad inistituti nostri substantiam, malo tuae humanitati quicquid istud est, committere, quàm me temerè iudices. Vale.

BONONIAE